

Escola de Direito de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

A função punitiva da Responsabilidade Civil - em especial, o regime do artigo 211.º do Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos

Dissertação de Mestrado no âmbito do
Mestrado de Direito Forense

Sebastião de Carvalho Daun e Lorena
Aluno n.º 142715060

Orientado pelo Prof. Doutor Henrique Sousa
Antunes

20 de julho de 2017

Lista de abreviaturas

C.C. - Código civil

CDADC - Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos

I. INTRODUÇÃO	4
II. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	5
1. Introdução	5
2. O Período Romano	5
3. A baixa Idade Medieval	8
4. O Jusracionalismo	9
5. As Codificações.....	10
6. A Codificação em Portugal - O Código de Seabra.....	11
7. O Direito Anglo-Saxónico	14
8. Os Punitive Damages	15
(i) A experiência do Reino Unido	15
(ii) A experiência Americana	16
9. Conclusão.....	20
III. PARTE – A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	23
1. Introdução	23
2. A função reparatória da responsabilidade civil	23
3. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil Enquanto Função Acessória	26
4. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil enquanto Função Autónoma.....	32
5. Da questão do Lucro Ilícito em especial	35
6. Conclusão.....	38
IV. PARTE - A INDEMNIZAÇÃO POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS DE AUTOR.....	39
1. Introdução	39
2. O artigo 211.º e a diretiva n.º 2004/48/CE	39
3. A indemnização por violação de direitos de autor e direitos conexos: regime especial da responsabilidade civil, ou manifestação de um outro instituto?.....	40
4. O artigo 211.º e a dimensão punitiva da responsabilidade civil.....	41
V. PARTE - CONCLUSÃO	44
BIBLIOGRAFIA.....	45

I. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é, a meu ver, um dos institutos com maior dignidade do direito. Tendo como finalidade regular a relação entre os privados, não é de admirar que se encontrem manifestações do mesmo desde os primórdios da civilização humana. Se é verdade que o Direito é essencial à vida em comunidade e logo, ao desenvolvimento humano, penso que será inegável afirmar-se que o instituto da responsabilidade civil é essencial ao Direito.

Por se revestir de tamanha dignidade, decidi dedicar este meu trabalho a esse mesmo instituto. Como se poderá ver adiante, este instituto nem sempre teve os mesmos contornos ao longo da história. Confundindo-se inicialmente com a responsabilidade penal, veio mais tarde a separar-se por completo entre nós, sendo moldado até aos contornos de que se reveste hoje em dia.

Se é verdade que este instituto teve contornos diferentes ao longo da história, tão verdade é também o facto de se encontrarem diferenças em relação ao mesmo de nação para nação, ainda que umas claramente mais acentuadas que outras. Assim, em algumas nações a referida separação entre responsabilidade civil e a penal não ocorreu de forma tão estanque como entre nós, vendo a responsabilidade civil uma velha função sua reavivada, a função punitiva.

O objetivo deste trabalho será portanto procurar explicitar no que consiste essa função punitiva da responsabilidade e as suas dimensões. Procurar-se à então determinar se uma responsabilidade civil com contornos punitivos existe entre nós. para este efeito, ter-se-á em especial consideração o artigo 211.º do CDADC.

II. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1. Introdução

A responsabilidade civil apresentava no momento do seu surgimento, contornos bastante diferentes daqueles apresentados pelo mesmo instituto hoje em dia. Entre as suas finalidades, como se demonstrará, constava a punição do agente, para além da finalidade de ressarcimento de danos.

Revela-se de maior interesse para o âmbito do presente trabalho, um breve estudo dessa mesma evolução. Serão assim, em seguida, analisados os moldes e finalidades assumidas pela responsabilidade civil ao longo do tempo, até aos nossos dias. Essa exposição terá como finalidade demonstrar que uma função punitiva da responsabilidade civil não é assim tão descabida, visto que a mesma esteve presente em vários momentos históricos do instituto.

2. O Período Romano

Nos primórdios da civilização de Roma, através da criação da Lei das XII Tábuas (cerca de 450 a.C.), a punição das lesões sofridas por um determinado sujeito deixaram de estar à mercê da simples vontade dos lesados e dos seus núcleos familiares, a chamada vingança privada, reconhecendo-se à coletividade uma legitimidade para punir esses lesantes ⁽¹⁾. Mais, previa-se um limite ao sofrimento que podia ser imposto ao lesante. Esse limite era expresso nos termos da lei de Talião, “olho por olho dente por dente”, o sofrimento imposto ao lesante não podia ser superior ao sofrido pelo lesado.

¹ Cfr. Henrique Sousa Antunes, *Da inclusão do Lucro ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Responsabilidade Civil Extracontratual: a sua legitimação pelo Dano*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011 p. 51.

No Direito romano, a possibilidade de um lesado ver o seu dano ser ressarcido dependia da obtenção de uma *actio* de um pretor. A *actio* era declarada por um pretor, "*caso este considerasse o pedido justificado com base em leis expressas [...]*" ⁽²⁾.

A relevância da Lei das XII Tábuas é assim tão mais manifesta, dependendo do preenchimento das disposições nesta estabelecida, a concessão da *actio* pelo pretor. Como o afirma Menezes Cordeiro, ao contrário do regime da responsabilidade hoje em dia existente, a responsabilidade civil "*concretizava-se apenas quando se verificassem factos específicos e não, em geral, sempre que alguém causasse danos ilícitos*" ⁽³⁾. O ressarcimento do lesado dependia do preenchimento de normativos legais específicos, não bastando uma qualquer lesão por este sofrida para fundamentar um pedido indemnizatório. As previsões das normas da Lei das XII Tábuas tinham, no entanto, em regra como finalidade a punição do lesante e não propriamente o ressarcimento do lesado.

A prática de um delito privado podia, segundo a lei das XII Tábuas, dar origem a uma de três ações, (i) ações penais puras, nas quais se condenava o lesante ao pagamento de uma pena pecuniária correspondendo a um múltiplo do dano causado, tendo como finalidade a punição do agente; (ii) as ações reipersecutórias, as quais permitiam ao lesado recuperar a coisa que lhes foi subtraído, ou, não sendo a recuperação possível, a condenação do agente ao pagamento de quantia equivalente, tendo por finalidade o ressarcimento dos danos; e por último, (iii) ações penais mistas, as quais tinham tanto como finalidade punir o agente e indemnizar o lesado, entendendo-se que a pena pecuniária concretizava essas duas finalidades.⁽⁴⁾ Não havia uma separação da responsabilidade civil e da responsabilidade penal, sendo o agente punido, ao mesmo tempo que o lesado era indemnizado, podendo este até ficar numa posição melhor do que aquela em que se encontrava, antes de ter sofrido o dano.

A título de exemplo, na lei das XII Tábuas o *furtum*, dependendo da qualificação deste, podia ser punido com pena de morte. Assim era no caso de *furtum* manifesto (furto em que o agente é apanhado em flagrante delito). Pagamento no dobro do valor do objeto furtado, no caso de furto *nec manifestum* (furto no qual o agente não é apanhado em flagrante delito). No caso de *furtum conceptum* (furto em que o objeto furtado é

² Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, 2006 página 32.

³ Menezes Cordeiro, *Tratado do Direito Civil Português*, I Tomo I, p. 273

⁴ Cfr. Paula Meira Lourenço, *idem*, página 36

encontrado em casa de alguém) pagamento no triplo do valor do objeto furtado. Também poderia o agente ser condenado ao pagamento no triplo do valor do objeto furtado no caso de *furtum oblatum* (o objeto furtado é escondido na casa de outra pessoa). De notar que se tratam de penas privadas, sendo os montantes pagos ao lesado. Eventualmente, as penas corporais acabaram por ser substituídas por penas pecuniárias ⁽⁵⁾. A lei das XII Tábuas tratou-se de uma enorme evolução no que se compara à responsabilidade privada dos tempos primitivos, assumindo o Estado com esta o dever de punir os lesantes, não deixando essa punição à justiça privada, que não raras vezes apenas tinha como resultado ciclos viciosos, gerando rivalidades entre clãs/comunidades que passavam de geração em geração. Mesmo assim, nestas ainda não se distinguia a responsabilidade penal da civil, sendo o sistema de punições previsto muito diferente daquele que temos hoje em dia.

Um outro importante passo na evolução da responsabilidade civil foi a *Lex Aquilia*, falando-se ainda hoje em responsabilidade aquiliana como sinónimo de responsabilidade extracontratual. Segundo Menezes Cordeiro, esta será provavelmente a lei mais importante da história do ser humano ⁽⁶⁾. Tratou-se de um plebiscito rogado por Aquilius ⁽⁷⁾.

Através desta, era possível moldar a pena à lesão sofrida, sendo o montante a ser pago ao lesado pelo lesante determinado segundo a lesão efetivamente sofrida. Segundo Henrique Sousa Antunes, esta é ainda a disposição mais antiga a fazer uso da expressão dano com o sentido que hoje lhe atribuímos, de perda patrimonial e não enquanto lesão do objeto ⁽⁸⁾. Está mais presente, por estes motivos, na *Lex Aquilia*, a vontade de ressarcir os danos do lesado, surgindo essa como sua finalidade principal. Não deixa, no entanto, de existir uma dimensão punitiva inerente à mesma, visto a indemnização poder ascender ao dobro, tratando-se de uma ação penal mista. Não deixou por isso de tratar-se de um importantíssimo momento histórico. Ao longo do tempo, outros tipos de danos começaram a ser incluídos na *lex*, através de uma contínua expansão desta ⁽⁹⁾. Hoje, o mesmo espírito insito nessa lei pode ser encontrado no nosso artigo 483.º do Código Civil.

⁵ Cfr. Paula Meira Lourenço, *idem*, pp. 38 a 48

⁶ Menezes Cordeiro, *Tratado do Direito Civil Português*, I Tomo VIII, p. 296

⁷ Menezes Cordeiro, *Tratado do Direito Civil Português*, I Tomo VIII, p. 295

⁸ Cfr. Henrique Sousa Antunes, *idem*, p. 58

⁹ Menezes Cordeiro, *Tratado do Direito Civil Português*, I Tomo VIII, p. 297

Outro contributo essencial, feito pelo direito romano ao instituto da responsabilidade civil, foi a introdução da culpa como um dos seus requisitos. No direito romano clássico, esta surgia associada à ilicitude, *inuria*, no sentido de que havendo violação de uma qualquer norma legal, haveria culpa (¹⁰). A culpa estava assim ligada à ilicitude, mas não deixou por isso de ser um tema tratado pelos juristas Romanos.

3. A baixa Idade Medieval

O direito do período medieval foi fortemente influenciado pela doutrina cristã e pelo direito canónico. O instituto da responsabilidade civil não esteve isento dessa influência. Aspeto particularmente influenciado foi o da culpa. A culpa tornou-se neste momento histórico sinónima da culpa moral, o "maleficium", o qual envolvia o *peccatum*. Mais importante ainda, através do direito canónico, deu-se um rebuscar do direito romano, entretanto esquecido por consequência das invasões bárbaras (¹¹).

Mas o verdadeiro renascer do direito romano ocorre no século XII. Nas universidades europeias retomou-se o estudo dos textos romanos. Esse renascer deveu-se em especial aos juristas da escola de Bolonha (¹²). Estes consolidaram o que ficou conhecido como o direito comum, através das glossas, as quais tratavam-se de notas e comentários feitos aos textos jurídicos romanos.

O direito comum consistia assim no Direito Romano, ou pelo menos, numa versão deste, resultante do *Corpus Iuris Civile*. Tratava-se de uma compilação do Direito Romano, ordenada pelo Imperador Justiniano no séc. VI (¹³), o qual foi revitalizado pelos juristas medievais. Neste estabeleciam-se as regras aplicáveis à responsabilidade civil extracontratual. Esta continuaria assim, neste período, a ser regulada por uma fonte do direito romano. Não foi ainda neste momento que ocorreu a separação entre a responsabilidade penal e responsabilidade civil (¹⁴).

¹⁰ Cfr. Menezes Cordeiro, *Tratado do Direito Civil Português*, I Tomo VIII, p. 305

¹¹ Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português – Fontes de Direito*, 5ª edição, 2011, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 214.

¹² Almeida Costa, *História do Direito Português*, 5ª edição, Almedina, p. 236 e Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, *idem*, p. 216.

¹³ Sebastião Cruz, *Direito Romano – Introdução. Fontes*, 4ª edição, Coimbra, p. 34.

¹⁴ Henrique Sousa Antunes, *idem*, p. 157

4. O Jusracionalismo

Nos séculos XVII e XVIII, vigorou na Europa uma corrente jurídica denominada jusracionalismo. Esta assentava no pressuposto de que é possível a todo o homem conhecer das normas que regulam a sua vida em comunidade, através da sua razão ⁽¹⁵⁾.

É nesta altura, pela primeira vez, elaborado um direito geral dos factos ilícitos privados ⁽¹⁶⁾. Essa distinção, entre ilícitos privados e ilícitos públicos, foi elaborada por Hugo Grotius. Segundo este autor, à reprovabilidade do ato corresponderá uma pena, enquanto que ao dano por este gerado corresponderá o ressarcimento do mesmo.

Esse pensamento é aprofundado por Pufendorf. Segundo este, o dano e o dever de indemnizar pressupõem um comportamento imputável ⁽¹⁷⁾. A punibilidade ou não, penal, do agente torna-se irrelevante face ao dever de indemnizar.

Assim, o ressarcimento dos danos sofridos pelo lesado não depende da eventual natureza penal do ilícito. Dependerá sim da imputabilidade do agente o qual tem que atuar com "má intenção ou com descuido" ⁽¹⁸⁾. Ao mesmo tempo que este autor assumiu a rutura da responsabilidade civil com a responsabilidade penal, não deixou, no entanto, de entender que à responsabilidade civil encontra-se inerente uma finalidade preventiva. Segundo este, se o dano produzido não tivesse de ser ressarcido, a proibição de comportamentos lesivos não teria propósito nenhum ⁽¹⁹⁾. Não é no entanto ainda, segundo Menezes Cordeiro ⁽²⁰⁾ que temos neste momento a distinção entre ilicitude e culpa. Mas, Pufendorf dá os primeiros passos no sentido da admissibilidade da indemnização de danos não patrimoniais. Este autor admite a indemnização pela dor que o lesado sofreu assim como pela ofensa à honra, consideração social e à boa fama, entendendo que são ressarcíveis em dinheiro ⁽²¹⁾. Esta corrente viria a influenciar as codificações que se seguiram.

¹⁵ Almeida Costa, *idem*, p. 392.

¹⁶ Henrique Sousa Antunes, *idem*, p. 74

¹⁷ Menezes Cordeiro, *idem*, p. 313

¹⁸ Menezes Cordeiro, *idem*, p. 77 e Henrique Sousa Antunes, *idem*, p. 76.

¹⁹ *Cfr.* Henrique Sousa Antunes, *idem*, p. 76

²⁰ *Cfr.* Menezes Cordeiro, *Tratado do Direito Civil Português*, I Tomo VIII, p. 214

²¹ *Cfr.* Henrique Sousa Antunes, *idem*, p. 78

5. As Codificações

No século XIX inicia-se um movimento codificador no continente europeu. Este movimento, e os códigos resultantes, foram influenciados pelo referido jusracionalismo. Como resulta do exposto, até este momento da história do mundo (europeu), a responsabilidade aquiliana mantinha moldes próximos daqueles que existiam no período romano. O *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano continuava a ser a lei aplicável quanto à matéria. Inexistia, portanto, uma norma geral de indemnizabilidade de qualquer dano sofrido por um lesado.

Em parte, o movimento de codificação tinha como finalidade substituir o ainda em vigor, modelo romano. Assim, nestes novos códigos viriam a ser consagradas novos modelos da responsabilidade civil que substituíram o mesmo. Menezes Cordeiro, ao referir-se a este mesmo período histórico ⁽²²⁾ descreve os processos de codificação que ocorreram na Europa. Referindo-se em particular ao instituto da responsabilidade civil, afirma que dois modelos resultaram dessa codificação *"um modelo monista, que se contenta com uma única instância de controlo de imputação, e um modelo dualista, que exige duas instâncias diferenciadas, para prosseguir esse mesmo objetivo. O modelo monista evoluiu da culpa, enquanto juízo envolvente, capaz de verificar, no agente, a desconformidade da sua conduta exterior como exigido pelo Direito e a censurabilidade dessa desconformidade; o modelo dualista procede, em instâncias separadas, a um juízo de atuação desconforme (ilicitude) e ao juízo de censurabilidade (culpa em sentido mais estrito, ou rectius diverso)"*⁽²³⁾.

O primeiro modelo seria adotado pelo Código Napoleónico. Neste estabelecia-se como requisito da responsabilidade extracontratual a *"faute"*. Nenhuma referência se fazia (pelo menos enquanto conceitos autónomos) à culpa e à ilicitude. Segundo Menezes Cordeiro, o conceito de *faute* abrange *"no seu funcionamento, a ilicitude, a culpa e o nexa causal"* ⁽²⁴⁾. Este era, portanto, o único critério de imputação do dano ao lesante. tratava-se de um conceito próximo daquele existente no direito romano, no qual também não se distinguia entre a culpa e a ilicitude. O sistema do Código Napoleónico estava no

²² Cfr. Menezes Cordeiro, *idem*, p. 318

²³ Menezes Cordeiro, *idem*, p. 318

²⁴ Menezes Cordeiro, *idem*, p. 324

entanto, longe do regime dos romanos clássicos, uma vez que já não se limitava a admitir apenas a indemnização aos danos especificados na lei (os "*delicta*" do direito romano), admitindo a indemnização quando se demonstrasse preenchido o requisito da *faute*.

Já no BGB Alemão foi seguido o segundo modelo. Assim, como requisito da responsabilidade civil, não se estabelecia apenas um único pressuposto. Graças à influência da escola pandectística, em especial a Jhering, a culpa assumiu especial relevância enquanto requisito da responsabilidade civil. É por influência de Jhering que no código Alemão se vem a consagrar o modelo dualista. Neste estabelecia-se, portanto, como requisitos da responsabilidade civil, a ilicitude e a culpa, como dois requisitos separados e autónomos. No entanto, ao contrário do regime do código Napoleónico, no código Alemão não existe nenhuma norma de previsão geral. Neste, a indemnização apenas era possível quando se preenchesse umas das normas previstas no código. Nesse aspeto tratava-se de um sistema mais perto do sistema do direito romano. Os factos tidos como relevantes para efeitos da responsabilidade civil encontravam-se elencados na lei.

Os dois códigos consagraram, portanto, posições diferentes quanto à responsabilidade civil e os seus pressupostos. Os alemães consagraram um sistema no qual se estabeleciam requisitos diferentes da responsabilidade civil, a culpa e a ilicitude. No entanto, influenciados pelo direito romano, limitaram o instituto da responsabilidade civil a certos casos, elencando na lei os interesses e direitos cuja violação resultaria em responsabilidade civil. Já no código Napoleónico, estabeleceu-se apenas um único requisito, a *faute*, um conceito indeterminado, e por isso de aplicação flexível, estabelecendo-se uma norma geral de responsabilidade civil. Não se elencava neste os direitos e interesses cuja violação teria como consequência a responsabilidade civil. Tão só exigia-se que fosse preenchido o requisito da *faute*.

6. A Codificação em Portugal - O Código de Seabra

Em Portugal o movimento da codificação concretizou-se com o Código de Seabra. Aprovado em 1867. Este código seguiu, quanto à responsabilidade civil, o modelo

unitário do código Napoleónico (²⁵). Estabelecia no seu artigo 2361.º “Todo aquele, que viola ou ofende os direitos de outrem, constitui-se na obrigação de indemnizar o lesado, por todos os prejuízos que lhe cause”. Tratava-se portanto, de uma norma geral, abrangendo a violação de qualquer direito, na qual não se estabelecia como pressupostos a ilicitude e a culpa.

Ainda neste código consegue-se encontrar algumas aflorações da função punitiva da responsabilidade civil. Assim afirma Henrique Sousa Antunes na sua obra (²⁶). Segundo este autor, na vigência do Código de Seabra, a doutrina portuguesa identificou como manifestações da dimensão punitiva da responsabilidade civil a natureza da solidariedade dos lesantes por facto ilícito extracontratual, na escolha da teoria da opção acerca do concurso ideal de responsabilidades, contratual e extracontratual, quando o facto ilícito seja também criminalmente desvalorado (²⁷), e por ultimo, não se tratando no entanto de uma norma do código, mas parte do regime da responsabilidade civil vigente à altura, o regime de perda de objetos resultantes da pática de factos ilícitos ou dos meios empregues nessa prática, em benefício do titular do direito abusivamente utilizado, o regime da Lei 4 de junho de 1883.

A solidariedade dos lesantes era apenas prevista pela lei nos casos em que a responsabilidade civil era conexa com a criminal (²⁸). Apenas quando o facto lícito revestisse um grau de censurabilidade suficiente para ser punido pelo direito penal, é que haveria solidariedade dos devedores. Henrique Sousa Antunes, ao comentar a doutrina de J.M Barbosa de Magalhães afirma que “[r]econhece-se que na sujeição dos devedores à obrigação de pagamento integral dos danos há um elemento punitivo que excede, pois, a mera indemnização da lesão. A ineficácia do exercício do direito de regresso impõe ao lesante um prejuízo que excede a medida da sua contribuição para o dano” (²⁹). A solidariedade apresenta-se assim como uma pena aplicada aos lesantes, os quais podem ver-se na situação de ter de ressarcir a integralidade dos danos sofridos pelo lesado, tendo na realidade apenas contribuído para a produção de parte deles. Dimensão punitiva que se torna tão mais patente por estar associada ao desvalor penal da conduta do lesante. Com base na censurabilidade do ato por ele praticado, ele pode

²⁵ Cfr. Menezes Cordeiro, *idem*, p. 357

²⁶ Cfr. Henrique Sousa Antunes, *idem*, p. 186

²⁷ Cfr. Henrique Sousa Antunes, *idem*, p. 188

²⁸ Cfr. Henrique Sousa Antunes, *idem*, p. 188

²⁹ Henrique Sousa Antunes, *idem*, p. 187

vir a ter de ressarcir danos que não produziu. Verdade que poderá depois reaver parte do que indemnizou através do direito de regresso, mas este pode por vezes revelar-se ineficaz, caso em que o lesante pagaria a totalidade da indemnização, apenas tendo produzido parte dos danos.

Quanto à escolha pela teoria da opção, permitia-se ao lesado escolher entre o regime da responsabilidade civil extracontratual e contratual, quando o facto ilícito consubstanciava também um ilícito penal. Segundo Henrique Sousa Antunes “*é o juízo de censura à conduta do agente que, [...], justifica a possibilidade de o lesado, de o credor, optar pelas regras da responsabilidade contratual*”. Por essa razão, era concedida uma vantagem ao lesado, o qual podia optar por um dos regimes das responsabilidades, porque a atuação do agente era especialmente censurável, sendo punida penalmente. Também aqui esta possibilidade de escolha existia, só e apenas, quando o facto ilícito consubstanciava um ilícito penal.

Por último a perda de objetos resultantes da prática de factos ilícitos ou dos meios empregues nessa prática, em benefício do titular do direito abusivamente utilizado (³⁰). Não se tratando de um regime previsto no código civil, mas nos artigos 24.º e 25.º da Lei 4 de junho de 1883, não se deixa de tratar de uma manifestação do instituto da responsabilidade civil. Neste preceituava-se uma situação próxima da indemnização pelo lucro ilícito. Segundo estes preceitos, o dever de indemnizar era nestes casos substituído pelo dever de entregar o objeto produzido violando-se os direitos de autor ou de propriedade industrial de outrem. Apesar de existir um lesado, não se pode dizer que nestas hipóteses ocorre-se um dano, porque o património do dito lesado mantinha-se igual à situação existente antes da violação do direito. Existia, portanto, nestas hipóteses uma indemnização sem dano, não se podendo entender que estivesse em causa uma mera finalidade ressarcitória da responsabilidade civil.

Assim, é possível entender que na vigência do Código de Seabra a função punitiva da responsabilidade civil ainda estava presente, se bem que de uma forma mais subtil do que no direito romano. O Código veio a ser revogado com a entrada em vigor do Código Vaz Serra, em 1966. Não cabe no escopo deste trabalho a análise afincada do regime deste ultimo.

³⁰ Cfr. Henrique Sousa Antunes, *idem*, p. 192

7. O Direito Anglo-Saxónico

Tratando o presente trabalho da dimensão punitiva da responsabilidade civil, em concreto da possível concretização dessa finalidade no atual código de propriedade industrial, revela-se do maior interesse analisar-se os sistemas legais dos países que reconhecem essa mesma função. Nos sistemas legais de índole Anglo-saxónica a função punitiva da responsabilidade civil concretiza-se em especial na admissibilidade dos chamados *punitive damages*, montantes indemnizatórios fixados única e exclusivamente com a finalidade de punir o agente pela sua atuação, motivados pela especial censurabilidade da mesma. Não se procederá a uma análise de todos os regimes existentes no mundo, mas tão só os do Reino Unido e dos estados Unidos da América, nem será essa mesma análise uma que se posa considerar exaustiva. Trata-se tão só de uma breve referência a estes regimes e às suas origens históricas.

Como se teve oportunidade de demonstrar, nos primórdios da ciência social que é o Direito, a responsabilidade civil confundia-se com a penal, não havendo uma distinção entre as duas. Num primeiro momento, cabia aos particulares lesados punir o lesante, tudo se desenvolvendo na relação lesado-lesante, sem intervenção da comunidade. Num segundo momento, o Estado primitivo chamou a si mesmo essa função, cabendo-lhe então dar início aos processos e determinar as punições do lesante. Em ambos os momentos, a finalidade estava mais em punir o lesante, do que no ressarcimento do dano.

A experiência Inglesa não foi diferente ⁽³¹⁾. Também no percurso histórico do direito inglês se pode verificar que a responsabilidade civil e penal estiveram confundidas numa só. Não raras eram as normas, durante o período medieval que estabeleciam como valor a pagar pelo lesante, ao lesado, o dobro ou o triplo do valor do dano sofrido, como estabelecia a lei de Westminster de 1275 ⁽³²⁾.

A grande diferença encontra-se no momento da separação. Enquanto que entre nós, a separação foi feita de forma absoluta (ou quase), negando-se qualquer finalidade

³¹ Elena Baldoni, *Punitive Damages: a comparative analysis*, 2012, p. 2 e Cfr. Jason Taliadoros, *The Roots of Punitive Damages at Common Law: A Longer History*, 64 Clev. St. L. Rev. 251 (2016), p. 289

³² Cfr. Jason Taliadoros, *idem*, p. 274.

punitiva à responsabilidade civil, no sistema Anglo-Saxónico, essa mesma dimensão manteve-se, ou, pelo menos, ressurgiu.

8. Os Punitive Damages

(i) A experiência do Reino Unido

Os primeiros casos em que foram atribuídos punitive damages surgiram na relação entre os particulares e a autoridade. O conceito de *punitive damages* teve a sua origem nos casos *Wilkes v. Wood* e *Huckle v. Money*. Nestes, foi entendimento dos juízes ingleses que a mera reparação dos danos causados não seria suficiente. Em causa estava um exercício abusivo por parte do monarca da altura, Rei Jorge III, que mandara encarcerar Wilkes, sem ter um mandato de captura válido para o fazer. Foi entendido que a censurabilidade da atuação justificava que se fosse além dos danos sofridos, condenando o agente em quantia superior aos mesmos. Surgiram assim em primeira linha como uma forma de sanção ao exercício abusivo do poder. A ideia dos *punitive damages* não ficaria no entanto limitada às relações entre os particulares e autoridade. Os *punitive damages* “assumiram uma função punitiva das condutas infames, intoleráveis, humilhantes, vexatórias, agressivas ou mesmo violentas [...]”⁽³³⁾.

Em 1964, o caso *Rooks v. Barnard* limitou a aplicação dos *punitive damages* a três categorias de casos⁽³⁴⁾. São essas categorias (i) abusos de poder de autoridade (ii) situações em que o agente calculou que os lucros que viria a adquirir com a sua conduta excediam o valor da indemnização que teria de pagar pelos danos causados e (iii) os casos expressamente previstos na lei.

Lord Devlin admitiu a origem dos Punitive Damages nos referidos arrestos, *Wilkes v. Wood* e *Huckle v. Money*, remetendo para os mesmos no julgamento que fez do caso *Rookes v. Barnard*⁽³⁵⁾. Declarando a origem dos *punitive damages* nos casos *Wilkes v. Wood* e *Huckle v. Money*, Lord Devlin enumera de seguida outros casos, sucedâneos daqueles dois, nos quais também se concederam *punitive damages*, nunca ficando, no

³³ Paula Meira Lourenço, *idem*, p. 166

³⁴ Cfr. Paula Meira Lourenço, *idem*, p. 167

³⁵ Hodgkin, R. W. and Veitch, E., Punitive Damages - Reassessed International and Comparative Law Quarterly, Vol. 21, Issue 1 (1972), pp. 119-132, p.119

entanto, claro, daquilo que ficou estabelecido nesses casos e as soluções encontradas, o conceito de *punitive damages* ou *exemplary damages* e a sua distinção dos *aggravated damages*. Lord Devlin procurou por isso definir *aggravated damages* e *exemplary damages*. Segundo Lord Devlin, *aggravated damages* seriam os danos “in which injury to the plaintiff has been aggravated by malice or by the manner of doing the injury, that is, the insolence or arrogance by which it is accompanied” ⁽³⁶⁾. Seriam portanto, os danos sofridos pelo lesado em resultado da forma especialmente censurável com que os factos ilícitos foram praticados pelo lesante. Não existiria por isso uma finalidade punitiva na reparação dos mesmos. Quanto aos *exemplary damages*, Devlin definiu-os como tendo a finalidade de punir o agente, “*The object of exemplary damages is to punish and deter*” ⁽³⁷⁾.

A limitação fixada pelo Lord Devlin iria ser seguida sem ser questionada ao longo da década seguinte, encontrando-se os *punitive damages* limitados às três categorias acima expostas. Apesar das críticas feitas, o limite que decorreu de *Rookes v. Barnard* mantém-se ainda hoje.

Continua a admitir-se no sistema legal inglês a fixação de um montante indemnizatório com finalidade punitiva, extravasando os danos sofridos pelo lesado. No entanto, essa possibilidade encontra-se limitada às três situações delimitadas por Devlin.

(ii) A experiência Americana

Tendo surgido primeiro no Reino Unido, o conceito de *punitive damages* não tardou muito a chegar aos Estados Unidos. Assim, já em 1784, encontra-se no caso *Genay v. Norris* a condenação do lesado ao pagamento de uma quantia superior aos danos sofridos pelo lesado ⁽³⁸⁾.

Tal como em Inglaterra, estes surgem com a finalidade de punir o agente por atuações especialmente censuráveis. São um “instrumento de pressão social ao serviço dos

³⁶ *Rookes v. Barnard* [1964] A.C. 1129 (HL) 1229 (Lord Devlin).

³⁷ *Rookes v. Barnard* [1964] A.C. 1129 (HL) 1229 (Lord Devlin).

³⁸ *Cfr.* Henrique Sousa Antunes, *idem*, p. 89

grupos desfavorecidos na sociedade moderna”⁽³⁹⁾. Não surpreende que os primeiros casos onde se vê ser decretados *punitive damages* consistam em casos em que o agente lesante abusou de uma situação de superioridade em relação ao lesado, sendo significativa a tendência para condenar “o homem que tivesse ofendido mulher ou criança”⁽⁴⁰⁾ ao pagamento de *punitive damages*.

A admissibilidade dos *punitive damages* acabaria por ser reconhecida em quase todos os estados da união⁽⁴¹⁾. No Restatement (Second) of Torts § 908, elaborado pelo American Law Institute, os *punitive damages* são definidos como “*damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and deter him and others like him from similar conduct in the future*”⁽⁴²⁾. Não quer isto dizer que a admissibilidade dos *punitive damages* sempre foi aceite de forma pacífica. No caso *Fay v. Parker*, um tribunal norte americano chegou a afirmar que estes eram uma “monstrous heresy [...] an unsightly and an unhealthy excrescence, deforming the symmetry of the body of the law”⁽⁴³⁾. Foi também esse o entendimento de Simon Greenleaf, professor em Harvard. Segundo este, a ideia de *punitive damages* confundia as finalidades do direito público e do direito privado, cabendo ao primeiro punir e, ao segundo, apenas ressarcir os danos sofridos⁽⁴⁴⁾. Mais ainda, defendia Greenleaf que o que na realidade era caracterizado como *exemplary* ou *punitive damages* pelos tribunais americanos, não eram mais do que montantes fixados como compensação por danos resultantes de sofrimento mental, insulto, ou ultraje⁽⁴⁵⁾, por outras palavras, tratava-se de uma compensação por danos não patrimoniais, e não de uma verdadeira punição imposta ao lesante.

Se era verdade o afirmado por Greenleaf e seus seguidores, de que a condenação em *punitive damages* pelos tribunais americanos, em certos casos visou apenas a compensação pelo sofrimento da vítima, ou como diríamos, pelos danos não

³⁹ Cfr. Henrique Sousa Antunes, *idem*, p. 90

⁴⁰ Henrique Sousa Antunes, *idem*, p. 90

⁴¹ Cfr. Paula Meira Lourenço, *idem*, p. 169. Segundo a autora, os *punitive damages* nunca viriam a ser admitidos nos estados do Louisiana, Massachusetts, Nebraska e Washington.

⁴² Cfr. Paula Meira Lourenço, *idem*, p. 169

⁴³ Melvin M. Belli, Sr., *Punitive Damages: Their History, Their Use and Their Worth in Present-Day Society*, in, «MKC LAW REVIEW», p. 4

⁴⁴ Cfr. Athony J. Sebok, *What Did Punitive Damages Do? Why misunderstanding the History of Punitive Damages Matters today*, in «Chicago-Kent Law Review», vol. 78 (2003), p. 182

⁴⁵ Athony J. Sebok, *What Did Punitive Damages Do? Why misunderstanding the History of Punitive Damages Matters today*, in «Chicago-Kent Law Review», vol. 78 (2003), p. 182

patrimoniais ⁽⁴⁶⁾, não quer isso dizer que nunca foram reconhecidos verdadeiramente *punitive damages*, com uma finalidade punitiva e não meramente compensatória, nos tribunais norte americanos. No entanto, não se encontra entre essas decisões uma unidade de razões ou critérios usados para fundamentar os *punitive damages* ⁽⁴⁷⁾.

Claro exemplo foi o caso *Coreyll v. Colbaugh*. Neste, o lesante arguiu que quaisquer danos punitivos em que pudesse vir a ser condenado deveriam ser de montante reduzido, devido à sua condição económica. O tribunal rejeitou este entendimento, fundamentando a atribuição de *exemplary damages* na finalidade de estabelecer um exemplo, expressando o desvalor que a comunidade sentia pela atuação do lesante ⁽⁴⁸⁾. No caso *Goddard v. Grand Trunk Railway of Canada*, o tribunal entendeu que eram de aplicar *punitive damages*, já não como forma de estabelecer um exemplo, expressando o desvalor comunitário da conduta, mas fundamentando-os numa finalidade preventiva. Não foi portanto, assumida neste caso, uma posição de que os *punitive damages* têm uma função compensatória. Em causa não estava o ressarcimento de nenhum dano sofrido, mas tão só, o estabelecimento de uma sanção, com a finalidade de evitar que o mesmo ilícito fosse repetido no futuro. Essa visão, de que os *punitive damages* servem uma finalidade de punição, e não uma finalidade compensatória, é a visão hoje dominante nos Estados Unidos da América ⁽⁴⁹⁾.

Os *punitive damages* veriam, em pleno século XIX, a sua aplicação expandida à responsabilidade do produtor. Assim, na década de 60, a empresa *Richardson-Merrel* foi condenada em *punitive damages* pelos danos que causou a 50 000 consumidores, com a comercialização de um medicamento por ela produzido ⁽⁵⁰⁾.

Em 1976 David G. Owen, publica um artigo sobre o tema. Neste, o autor procura estabelecer os casos em que, tendo em conta a conduta do produtor e a sua

⁴⁶ O mesmo foi assumido pelo tribunal Federal dos Estados Unidos em *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool group, Inc.* (2001), Cfr. Athony J. Sebok, *What Did Punitive Damages Do? Why misunderstanding the History of Punitive Damages Matters today*, in «Chicago-Kent Law Review», vol. 78 (2003), pp. 166 a 180

⁴⁷ Athony J. Sedgewick apresenta a este propósito seis categorias nas quais se podem inserir os *punitive damages* atribuídos pelos tribunais americanos, “(1) *compensation for emotional suffering*; (2) *compensation for insult*; (3) *personal vindication*; (4) *vindication of the state*; (5) *punishment to set an example*; and (6) *punishment to deter*.” Continua o mesmo autor, afirmando que não raras vezes os danos punitivos atribuídos pelos tribunais, inserem-se em mais do que apenas uma categoria Cfr. Athony J. Sebok, *What Did Punitive Damages Do? Why misunderstanding the History of Punitive Damages Matters today*, in «Chicago-Kent Law Review», vol. 78 (2003), pp. 196 e 197.

⁴⁸ Athony J. Sebok, *idem*, p. 203

⁴⁹ Cfr. Athony J. Sebok, *idem*, pp. 204 a 206.

⁵⁰ Cfr. Henrique Sousa Antunes, *idem*, p. 105.

censurabilidade, faz sentido ponderar-se a aplicação de *punitive damages* (⁵¹). Esses casos seriam então aqueles em que, (i) o produtor encetou condutas comerciais fraudulentas (⁵²), (ii) houve uma violação consciente das normas relativas à segurança dos produtos, (iii) ocorreu Inadequada verificação ou controlo de qualidade do produto, (iv) não foi feito o devido aviso sobre os perigos de utilização do produto, e por último, (v) houve um incumprimento do dever de eliminar os defeitos, já estando o produto em circulação.

Um dos casos mais célebres de condenação de um produtor ao pagamento de *punitive damages*, ocorreu em 1981, no caso *Grimshaw v. Ford Motor Co.* Neste verificou-se a última situação descrita por David G. Owen. A Ford foi demandada pelos danos provocados por um incêndio de uma viatura por eles produzida, incêndio esse que teve como causa um furo no tanque de gasolina. O tribunal conclui que a empresa poderia ter evitado o dano, mas não o fez por entender que o aumento no custo de produção que isso implicaria, seria superior ao custo que implicaria o pagamento de indemnizações pelos danos provocados pelo veículo. Por essa mesma razão, entendeu o tribunal que seriam de aplicar *punitive damages* (⁵³). O exemplo dado é apenas um entre muitos casos, em que produtores foram condenados ao pagamento de *punitive damages*.

Significativa foi também a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso *BMW of North America, Inc. v. Gore*. Tendo sido revelado que a BMW tinha por prática não revelar as reparações dos defeitos de fabrico nos seus veículos, quando o custo de reparação não fosse superior a 3% do preço de venda do veículo. O tribunal de primeira instância condenou a BMW ao pagamento de 4 mil dólares por *compensatory damages* e em 4 milhões de dólares, a título de *punitive damages*. O caso chegou ao Supremo Tribunal Federal, o qual entendeu que os *punitive damages* deviam ser reduzidos (⁵⁴). O tribunal apontou três critérios para fundamentar essa redução (⁵⁵). O primeiro consistia no grau de reprovabilidade da atuação do agente. O tribunal entendeu que em causa estava apenas um dano meramente económico, que não prejudicava a segurança do veículo

⁵¹ David G. Owen, "Punitive damages in products liability litigation", in, Michigan Law Review, Vol. 74, 1976, pp. 1283 a 1295.

⁵² As quais consistiam na tentativa do produtor, conhecendo os defeitos do seu produto, de esconder os mesmos do consumidor. O autor dá como exemplos em que assim aconteceu, os casos MER/29, *Toole v. Richardson-Merrell Inc.*, 336 *Roginsky v. Richardson-Merrell, Inc.* 337 and *Ostopowitz v. William S. Merrell Co.*

⁵³ Cfr. Henrique Sousa Antunes, *idem*, pp. 106 e 107.

⁵⁴ Fred W. Morgan Karl Boedecker, *Punitive Damages after BMW v. Gore (1996)*, in, Journal of Public Policy & Marketing, 16 (Spring), 163-172. 1997, p. 168.

⁵⁵ Cfr. Henrique Sousa Antunes, *idem*, pp. 120 e 121.

(⁵⁶). A omissão da comunicação devida pela BMW ao consumidor, não se apresentava assim, no entender do tribunal especialmente censurável. O segundo critério apontado pelo Supremo Tribunal foi a proporção entre os *punitive damages* e o dano verdadeiramente sofrido pelo lesado. Segundo o tribunal, o montante atribuído enquanto *punitive damages* não poderia ser calculado sem ter em conta os danos sofridos pelo lesado. Não limitou o tribunal, a fixação do montante dos *punitive damages*, a um simples cálculo matemático feito com base no dano. Simplesmente estabeleceu que esse valor não poderia ser desproporcional, como ocorrera no caso em concreto, em que o montante punitivo foi inicialmente fixado num valor mil vezes superior. Por último, como terceiro critério, o tribunal entendeu que deveriam ser tidas em conta as sanções estabelecidas para condutas próximas daquela em apreço, pelas leis estaduais. Em 2003, os mesmos critérios viriam a ser reafirmados pelo Supremo Tribunal, no caso *State Farm* (⁵⁷).

Assim, tal como aconteceu no caso inglês, houve também um esforço para limitar a condenação em *punitive damages*, de modo a evitar uma manifesta desproporção entre estes e os danos verdadeiramente sofridos. Nos Estados Unidos, as limitações aos montantes punitivos (não se excetuando os dois casos em cima referidos), tiveram como finalidade assegurar o respeito pela Constituição dos Estados Unidos, em especial, a 14^a Emenda, a qual estabelece o direito ao “*due process*” (⁵⁸), ou seja, o direito a um julgamento justo. Formou-se, pelos tribunais, o entendimento de que os *punitive damages* estavam limitados pela constituição, não podendo o júri estabelecer uma qualquer punição sem limites. Esses limites têm vindo a ser repetidamente reafirmados nos últimos anos (⁵⁹).

9. Conclusão

A função punitiva da responsabilidade civil encontra-se bem presente nos sistemas legais britânicos e norte americanos. O mesmo resulta claro da exposição feita. Não se

⁵⁶ O que ocorreu foi que o veículo comprado por Ira Gore à BMW tinha sido pintado uma segunda vez, antes da sua venda, para corrigir um defeito resultante do fabrico do veículo.

⁵⁷ Cfr. Henrique Sousa Antunes, *idem*, p. 122.

⁵⁸ Fred W. Morgan Karl Boedecker, *idem*, p. 169.

⁵⁹ A título de exemplo, referem-se os casos, *TXO Products v. Alliance Resources* (1993), *Honda Motor v. Oberg* (1994) e *Philip Morris USA v. Williams*.

trata no entanto, da mesma realidade existente nos períodos históricos do direito romano e da era medieval. Nesses períodos, como se observou, a dimensão punitiva da responsabilidade civil resultava da possibilidade de condenação no dobro do valor do dano sofrido pelo lesado. Mais ainda, como se teve oportunidade de referir, a responsabilidade civil encontrava-se próxima da responsabilidade penal, não sendo possível operar uma completa e absoluta distinção entre as duas.

A realidade em que consistem os *punitive damages*, mostra-se totalmente diferente dessas expressões punitivas da responsabilidade civil, existentes em momentos anteriores. Estes surgem exatamente no momento em que a separação entre o direito civil e o direito penal já ocorreu por inteiro. Ao contrário dos sistemas continentais europeus, onde se enveredou pelo caminho da responsabilidade civil com efeitos meramente compensatórios (⁶⁰), nos sistemas de direito Anglo-Saxónicos optou-se por reafirmar essa mesma função, entendendo-se que nos ilícitos civis poder-se-ia condenar o lesante ao pagamento de uma indemnização de valor superior ao dano sofrido pelo lesado. Assim, em Inglaterra e nos Estados Unidos, a responsabilidade civil poderia prosseguir em certos casos, fins punitivos, para além de fins compensatórios.

O sistema britânico e o sistema norte americano, são claros exemplos de como um sistema legal pode permitir uma função punitiva da responsabilidade civil. Note-se que essa função não esteve isenta de críticas, por parte dos juristas e tribunais desses mesmos países (⁶¹). Não obstante essas mesmas críticas, a função punitiva da responsabilidade civil continua a fazer parte dos sistemas dos referidos países, tendo os seus limites e contornos, vindo a ser aprimorados ao longo do tempo.

Essa delimitação dos moldes da função punitiva da responsabilidade civil, feita desde o primeiro momento em que o conceito de *punitive damages* surgiu, até aos dias de hoje, revela-se do maior interesse e importância. Em Inglaterra, a delimitação do alcance dos *punitive damages* ficou delimitada, como se pode ver, pelo precedente criado pelo caso *Rookes v. Barnard*. Assim, neste caso, os *punitive damages* ficaram limitados a três categorias de situações. Nos Estados Unidos, em especial no campo do direito do consumidor, a delimitação da figura dos *punitive damages* foi feita através da criação e apuramento de requisitos, a ser identificados no caso concreto, que justificassem a

⁶⁰ Sem um sucesso absoluto, como já se teve oportunidade de comentar.

⁶¹ Mais adiante, será feita uma exposição das críticas que se fazem hoje à função punitiva da responsabilidade civil.

aplicação dos mesmos ao caso concreto. Movidos por considerações de ordem constitucional, os tribunais norte americanos, procuraram limitar os montantes máximos em que o júri poderia condenar o agente ao pagamento de *punitive damages*.

Do exemplo Inglês e Americano é possível retirar algumas conclusões. Em primeiro lugar, é possível conceber um sistema de Direito em que a função punitiva da responsabilidade é reconhecida e concretizasse pela condenação do agente ao pagamento de um montante superior ao dano provocado. Em segundo lugar, essa dimensão tem de estar sujeita a limites, encontrando-se delimitada a sua aplicabilidade. Esses mesmos limites não têm de ser rígidos (⁶²), podendo ser determinada a sua aplicação caso a caso, mas deverão sempre respeitar valores superiores, como aqueles consagrados constitucionalmente.

⁶² O sistema Inglês apresenta-se hoje, bastante limitado pelo caso *Rookes v. Barnes*, apesar das críticas que ao mesmo foram feitas. Prefiro por isso o sistema Americano, em especial depois do que foi estabelecido no caso *BMW v. Gore*. Neste, como se referiu, o tribunal decidiu a questão, fixando os critérios a que se deveria atender aquando da condenação em *punitive damages* de um produtor.

III. PARTE – A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1. Introdução

Na primeira parte do trabalho expôs-se a evolução histórica do instituto da responsabilidade civil e fez-se uma breve referência ao regime existente em Inglaterra e nos Estados Unidos. Como já se pode constatar, dessa exposição resulta que a responsabilidade civil nem sempre teve como única finalidade a compensação dos danos. Mas não se demonstrou apenas isso, tendo ainda sido revelada a existência de dois regimes jurídicos nos quais a finalidade punitiva da responsabilidade civil é ainda reconhecida hoje em dia.

Nesta segunda parte do trabalho serão expostas e analisadas as funções que têm sido reconhecidas à responsabilidade civil. Em primeiro lugar, será analisada a função reparadora. Em segundo lugar, será analisada a função punitiva, a qual tem entendido doutrina nacional como sendo ainda hoje (ou mais uma vez), uma função da responsabilidade civil.

A finalidade da exposição, será a de facilitar a classificação (ou não), do atual regime do artigo 211º do Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos como uma manifestação da dimensão punitiva da responsabilidade civil.

2. A função reparatória da responsabilidade civil

Segundo a conceção tradicional da responsabilidade civil, esta tem apenas uma única função, a de reparar os danos causados pela atuação ilícita do agente. A sua única finalidade é o ressarcimento dos danos sofridos pelo lesado (⁶³), constituindo esses mesmos danos, o limite do montante indemnizatório. Da aplicação do instituto da

⁶³ António Menezes Cordeiro, *idem*, p. 419 e 747.

responsabilidade civil não pode resultar o surgimento de uma obrigação, na esfera do lesante, de valor superior ao dano sofrido pelo lesado.

Apenas se reconhecendo a função reparadora, na fixação do montante indemnizatória atende-se apenas ao dano sofrido pelo lesado. O dano é o único critério válido para efeitos de cálculo da indemnização. O grau de culpa do agente e a censurabilidade da sua conduta, em nada são considerados para a fixação desse montante. A responsabilidade civil é assim, axiologicamente neutra ⁽⁶⁴⁾, não se considerando em nenhum momento o desvalor da conduta do agente. Reconhecendo apenas a reparação do dano como a única função da responsabilidade civil, a indemnização terá como finalidade a restituição do lesado à situação em que este se encontraria caso não tivesse sofrido o dano, ou pela reconstituição natural, ou não sendo essa possível (e apenas quando não for possível), pela fixação de uma indemnização em dinheiro. O facto de o nosso C.C. dar primazia à reconstituição natural, no n.º 1 do artigo 566.º demonstra que a nossa lei concebe a responsabilidade civil como tendo uma finalidade reparadora.

Não sendo possível a reconstituição natural, o nosso C.C. consagrou a teoria da diferença no n.º 2 do artigo 566.º, segundo a qual o cálculo da indemnização em dinheiro deve ser feita através da comparação do património do lesado com a situação hipotética em que este estaria caso não ocorresse o dano. Trata-se também de uma manifestação da função reparadora da responsabilidade civil, limitando a indemnização ao dano sofrido pelo lesado.

Nunca se negando a função reparadora, a doutrina entende no entanto que a visão tradicional está hoje ultrapassada. Ao lado da função reparadora, reconhece hoje outras funções à responsabilidade civil.

Antunes Varela, referindo-se à possibilidade de graduação da indemnização, estabelecida pelo artigo 494.º do C.C. afirma que esta “reflecte em termos bastantes expressivos a função *sancionatória* ou *punitiva*, que *acessorariamente* é exercida pela responsabilidade civil” ⁽⁶⁵⁾. Entende portanto, este autor, que a responsabilidade civil abrange no seu escopo uma função punitiva. O mesmo autor vai mais longe, reconhecendo que função punitiva não tem carácter excecional no nosso direito, reconhecendo-a como uma função geral da responsabilidade civil. No entanto, não

⁶⁴ André Gustavo Corrêa de Andrade, *Indenização Punitiva*, p. 1.

⁶⁵ Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª edição, p. 913.

deixa de entender que esta se encontra subordinada à função reparadora. Por essa razão, só exceccionalmente poderá o montante indemnizatório exceder o valor do dano ⁽⁶⁶⁾.

Também Almeida Costa reconhece que a responsabilidade civil pode hoje ter outras finalidades que não a mera reparação do dano, afirmando a esse propósito que “[...] o escopo precípua da responsabilidade civil é indemnizatório, quer dizer, a reparação de danos. Mas reconhece-se que, acessória ou lateralmente, quando se funde na culpa, pode caber-lhe uma função preventiva e punitiva [...]” ⁽⁶⁷⁾. No entanto, entende que o montante indemnizatório continua ainda limitado pelo dano, “[m]esmo quando lhe caiba algum papel repressivo e preventivo, sempre se encontra submetido, como regra, aos limites da eliminação do dano” ⁽⁶⁸⁾.

Outro autor que reconhece a existência de uma função punitiva da responsabilidade civil é Menezes Cordeiro. Reconhece-a a propósito da indemnização por danos morais. Segundo o mesmo, “a indemnização tem, ainda, o escopo de uma pena” ⁽⁶⁹⁾. Afirma ainda que “[...] a cominação de uma obrigação de indemnizar danos morais representa sempre um sofrimento para o obrigado; nessa medida, a indemnização por danos morais reveste uma certa injunção punitiva” ⁽⁷⁰⁾. Mas também entende o autor, que a função punitiva surge apenas como uma função acessória, sendo ainda a finalidade primária da responsabilidade civil, a reparação do dano ⁽⁷¹⁾. Posição próxima é a que foi adotada por Inocêncio Galvão Teles. A propósito também da indemnizabilidade dos danos morais, escreveu o autor que “[é] *pena - pena privada*, estabelecida *no interesse da vítima* - na medida em que se apresenta como um castigo em cuja fixação se atende ao *grau de culpabilidade* e à *situação económica do lesante e do lesado*”, concluindo que se trata de uma providência mista, apresentando simultaneamente a natureza de indemnização e de pena ⁽⁷²⁾.

É portanto, pacífico o reconhecimento, para além da função reparadora, de uma função punitiva da responsabilidade civil. A mesma será analisada na secção seguinte.

⁶⁶ Antunes Varela, *idem*, pp. 544 e 930.

⁶⁷ Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 9ª edição, 2001, Almedina, p. 487.

⁶⁸ Almeida Costa, *idem*, p. 541.

⁶⁹ António Menezes Cordeiro, *idem*, p. 419.

⁷⁰ António Menezes Cordeiro, *idem*, p. 515.

⁷¹ António Menezes Cordeiro, *idem*, p. 515. Afirma o autor que não faria sentido que “um particular beneficiasse directamente de uma pena aplicada a outrem”. Entende assim, que a indemnização não deve ser superior ao dano sofrido.

⁷² Inocêncio Galvão Teles, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, 1997, Coimbra, p. 387, nota 1.

3. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil Enquanto Função Acessória

O dogma da função meramente reparadora da responsabilidade civil encontra-se ultrapassado, reconhecendo a doutrina uma nova função à responsabilidade civil, a função punitiva. No entanto, como facilmente se depreende, os autores acima citados, apesar de todos reconhecerem essa nova função à responsabilidade civil, não deixam de a reconhecer como estando subordinada à função reparadora. Caracterizam-na como uma função acessória da responsabilidade civil. O dano continua a ser para estes a medida e limite da indemnização, não se admitindo que o montante indemnizatório possa ser superior ao dano sofrido (⁷³).

Para compreender no que consiste essa função punitiva, enquanto acessória da reparadora, revela-se do maior interesse analisar as ponderações que a doutrina tem tecido a propósito do artigo 494.º do C.C. Este preceito normativo permite a graduação do montante indemnizatório, através de um juízo de equidade, nos casos em que o agente atuou com mera culpa, ou negligência. Impõe o mesmo, que o juiz pondere, nessa graduação da indemnização, a condição económica e o grau de culpa do agente.

Os autores que reconhecem a função punitiva da responsabilidade civil entendem que esse mesmo artigo consubstancia uma manifestação da mesma. Como já se teve a oportunidade de referir, essa é a posição de Antunes Varela. Segundo Antunes Varela, este preceito estabelece uma exceção à teoria da diferença, que como se referiu, é consagrada pelo nosso C.C., uma vez que permite a redução do montante indemnizatório a um valor inferior ao valor do dano sofrido pelo lesado (⁷⁴). Permitindo o referido artigo, que o dano causado não seja inteiramente reparado, constitui também uma exceção à função reparadora, porque, por um lado, permite que não seja reparada a totalidade do dano sofrido, por outro, porque introduz outros critérios, que não o valor do dano, no cálculo do montante indemnizatório.

Sobre o mesmo preceito, escreveu Almeida Costa que “[c]laramente se reflecte na faculdade assim reconhecida ao tribunal uma concessão à aludida directriz de que a

⁷³ Patrícia Guimarães, *Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil*, in, *Direito e Justiça*, Vol.15, Tomo I, 2001, Lisboa, p.165.

⁷⁴ Antunes Varela, *idem*, pp. 913.

responsabilidade civil pode, num plano acessório, desempenhar funções preventivas e sancionatórias”. Entende também portanto, que a exceção à teoria da diferença, resultante do artigo 494.º do C.C, constitui o reconhecimento de uma função punitiva da responsabilidade civil, ainda que a título acessório. No mesmo sentido, Menezes Leitão, reconhece que o artigo 494.º demonstra a existência de uma função punitiva da responsabilidade civil. Segundo este último “[...] existe também uma clara função preventiva e punitiva, a qual se demonstra pela diminuição da indemnização em caso de negligência (art. 494.º)” (75).

Não está isenta de crítica a posição daqueles que veem neste preceito o reconhecimento de uma função punitiva da responsabilidade civil. Brandão Proença, tecendo as suas próprias considerações sobre o mesmo, entende que não se retira da norma do artigo 494.º a existência de uma função punitiva da responsabilidade civil, “[...] dada a circunstância de a indemnização não poder ultrapassar o dano real” (76). Não deixa o mesmo autor de entender que se trata de uma exceção à função reparadora, afirmando que “[...] o artigo 494.º está integrado num conjunto de disposições que, no seu apelo a um critério de *equidade*, visam *corrigir* o escopo estritamente reparador da «teoria da diferença»” (77). Admitindo que se trata de uma exceção à função reparatória, o mesmo autor prossegue a sua análise do preceito, concluindo que este não revela uma dimensão punitiva porque “[...] o legislador não consagrou um critério de redução aferido exclusivamente pela valoração da culpa [...]” (78). Na opinião do autor, a norma apenas teria um escopo punitivo se assentasse numa “[...] ponderação *exclusiva* do grau de culpa [...]” (79) do agente. O autor escreve ainda a propósito do mesmo artigo, que “[...] uma visão sancionatória e preventiva pura reclamaria, como tom mais intenso, que a indemnização pudesse *superar* o montante do dano efectivo (por ex., em função do lucro obtido pelo lesante), assumindo a natureza de *coima*, *pena privada* ou, de acordo com a expressão anglo-saxónica, de *punitive damages or exemplary damages*” (80).

⁷⁵ Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, vol. I, *Introdução. Da Constituição das Obrigações*, 14ª edição, 2017, Almedina, p. 276.

⁷⁶ Brandão Proença, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de imputação do Dano Extracontratual*, 1997, Almedina, p. 162.

⁷⁷ Brandão Proença, *idem*, p. 163

⁷⁸ Brandão Proença, *idem*, p. 165. Assim o autor afirma que para aqueles, como Antunes Varela, que entendem que o tribunal, na aplicação do artigo 494.º, deve ter especialmente em conta o grau de culpa do agente, a “[...] explicação sancionatória da norma continuará a prevalecer”, p. 164, nota 502.

⁷⁹ Brandão Proença, *idem*, p. 165. O autor exige ainda a inexistência de um contrato de seguro, para que se possa entender que a norma permite uma punição.

⁸⁰ Brandão Proença, *idem*, pp. 165 e 166.

Discorda da posição deste último autor Paula Meira Lourença. Para a autora, “[...] a função punitiva da responsabilidade civil não se revela apenas quando a norma tem por finalidade *castigar* o lesante, mas também quando se pondera a culpa do lesado [...]”. Assim, a autora entende que não é o facto de não se permitir que a indemnização ultrapasse o dano que impede que se reconheça, tanto no artigo 494.º, como em geral, uma função punitiva à responsabilidade civil. Fundamenta a autora, essa posição, na ideia de que “[...] a função punitiva da responsabilidade civil revela-se sempre que o motivo de equidade para a fixação da indemnização apele a critérios que não digam respeito ao dano, v. g. a situação económica do agente e a do lesado [...]”⁽⁸¹⁾. Assim, para a autora, a função punitiva da responsabilidade civil manifesta-se sempre que o critério usado para a determinação do *quantum* indemnizatório seja outro que não apenas o dano.

Parece-me de notar o facto dos autores aparentarem estar a falar de realidades diferentes. Enquanto que os primeiros autores que foram citados, reconhecem no artigo 494.º uma função da responsabilidade civil, Brandão Proença nega-a. No entanto os primeiros, assim como Paula Meira Lourenço, reconhecem que a função punitiva da responsabilidade civil que decorre do artigo 494.º é acessória à reparadora, encontrando-se sempre limitada pelo dano, enquanto que Brandão Proença parece negar essa função, por não se permitir que a indemnização possa ir além do dano. Assim, Brandão Proença parece apenas reconhecer a existência de uma função punitiva, quando esta seja autónoma e não meramente acessória, podendo ir além do dano. Nega por isso, o autor, a existência de uma função punitiva da responsabilidade civil no artigo 494.º.

A função punitiva da responsabilidade civil, também tem sido discutida pela doutrina a propósito da irrelevância negativa da causa virtual, que o nosso regime jurídico estabelece. O problema da relevância ou não da causa virtual põe-se quando, um agente, através da sua atuação, provoca um dano a outrem, sendo essa sua atuação a causa real do mesmo, mas esse mesmo dano viria a ocorrer mais tarde por virtude de um outro facto, em nada devido ao agente. Esta segunda causa do dano, que é meramente hipotética, porque o dano já ocorreu, é denominada de causa virtual. A questão da

⁸¹ Paula Meira Lourenço, *idem*, p. 269. De notar que a autora entende que a função punitiva da responsabilidade civil manifesta-se mesmo quando o grau de culpa do agente não pode ser ponderado no juízo de equidade. Não consigo acompanhar o raciocínio da autora, não me fazendo sentido que se possa punir sem ser com base na culpa, do agente, ou do lesado (artigo 570.º do C.C. se se entender que este pune o lesado ao reduzir-se o montante indemnizatório, por este ter tido também culpa na ocorrência do facto ilícito).

relevância negativa, ou não, da mesma, está em saber se esta pode afastar, ou influenciar de qualquer maneira, a obrigação de indemnizar, imposta ao agente ⁽⁸²⁾.

O entendimento maioritário da doutrina em Portugal é de que o nosso C.C. estabelece a irrelevância negativa da causa virtual. Assim, aquele que provocou o dano deve repará-lo, independentemente da existência de uma futura hipotética causa que o viesse a produzir. Apenas exceccionalmente se prevê na lei, situações em que é atribuída relevância negativa à causa virtual ⁽⁸³⁾. Impõe-se que seja reparado o dano sofrido pelo lesado, não obstante o facto de que o dano ter-se-ia verificado mesmo que não tivesse sido provocado pelo agente. Nestes casos a situação hipotética em que ficaria o património do lesado, caso o agente não tivesse provocado o dano, seria exatamente a mesma que a situação real deste, existente depois de sofrido o dano. Por essa razão, nenhum dano há a reparar. Se o escopo da responsabilidade civil é meramente reparador, então neste caso não haveria lugar a nenhuma indemnização. Não foi no entanto esse o regime consagrado pelo nosso código civil. Assim, não obstante a existência de uma causa virtual, o agente terá que reparar os danos que infligiu ao lesado. Trata-se também, portanto, de outra exceção à teoria da diferença, e também, à função meramente reparadora da responsabilidade civil. Assim parecem entender tanto Antunes Varela ⁽⁸⁴⁾, como Menezes Leitão ⁽⁸⁵⁾, os quais reconhecem na irrelevância negativa da causa virtual, a função punitiva da responsabilidade civil ⁽⁸⁶⁾.

⁸² Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual da Responsabilidade Civil*, 1998, Almedina, p. 56.

⁸³ Veja-se o artigo 491.º do C.C.

⁸⁴ Antunes Varela, *idem*, pp. 926.

⁸⁵ Menezes Leitão, *idem*, p. 276.

⁸⁶ De opinião diversa é Menezes Cordeiro. Segundo o autor, “O escopo da responsabilidade civil é a reparação de danos. Ora essa finalidade é melhor conseguida através da irrelevância negativa uma vez que, a ser outra solução, proliferam os danos sem qualquer ressarcimento”. Entende o autor que a teoria da diferença é apenas um método de cálculo da indemnização e não de imputação dos danos ao agente. Assim, uma vez feita a imputação dos danos ao agente, a teoria da diferença apenas opera como critério de cálculo da indemnização, no sentido de estipular que a indemnização terá de ter o mesmo valor que a diferença entre a situação patrimonial do lesado, depois de sofrido o dano e situação em que este estaria caso não o tivesse sofrido, não se considerando quaisquer outros danos hipotéticos, apenas o dano realmente sofrido. Menezes Cordeiro, *idem*, p. 746. Com todo o devido respeito que é devido ao ilustre autor (que é muito), tendo a discordar desse entendimento. Por um lado, porque a teoria da diferença, apesar de não se tratar de um critério de imputação, obriga a olhar-se à situação hipotética em que estaria o lesado, caso não tivesse sofrido o dano, o que implica olhar-se à situação que realmente existiria, e não apenas a uma situação em que o dano não teria ocorrido, desconsiderando-se quaisquer outras circunstâncias. Assim, apesar dos danos poderem ser imputados ao agente, através do cálculo, por aplicação da teoria da diferença, do montante indemnizatório, poderá chegar-se à conclusão que nada há a indemnizar (o que aconteceria se se consagrasse entre nós a relevância negativa da causa virtual, quando a causa virtual se tratasse de um facto furtivo, ou não voluntário). Por outro lado, porque mesmo que se entenda que a irrelevância negativa da causa virtual não é um exceção à teoria da diferença, não deixa por isso de ser um desvio ao escopo reparador da responsabilidade civil. Assim, o lesado que teria de suportar no seu património o dano causado por facto fortuito ou não imputável a outrem, vê no entanto o mesmo

Sobre esta questão, pronunciou-se Pereira Coelho. Analisando a esse propósito a teoria da diferença, o autor entende que a construção da situação hipotética deve partir “[...] da situação real do lesado. Dentre todas as circunstâncias efectivamente verificadas que influíram nesta situação desde o momento do facto, devem considerar-se sem dúvida, justamente as circunstâncias *independentes* do facto (que o facto nem mesmo *condicionou*)” ⁽⁸⁷⁾. Mais ainda, entende também o autor, que devem ser também consideradas “[...] todas as circunstâncias que o facto justamente *impediu* [...]”, só assim se chegando à situação hipotética “[...] *em que o lesado estaria agora, segundo toda a probabilidade, se a conduta que obriga a reparar não tivesse sido praticada*” ⁽⁸⁸⁾. Conclui dizendo que “[...] dizer tudo isto é mostrar, ao mesmo tempo, como a atendibilidade da causa virtual é logicamente exigida pelo conceito de dano como *diferença* no património: como a causa virtual deve ser atendida numa justa concepção daquela *situação* hipotética com que deve ser confrontada na averiguação da *diferença* a situação real” ⁽⁸⁹⁾. O autor entende portanto, que a determinação da situação hipotética em que se encontraria o lesado, não pode ser feita sem se atender a todas as circunstâncias, que com probabilidade, poderiam ter-se verificado e influenciado essa situação ⁽⁹⁰⁾. Por essa mesma razão, entende o autor que “[...] o conceito de dano como diferença exige que a causa hipotética seja atendida no cálculo da indemnização em qualquer caso” e assim, “[o] problema da relevância negativa da causa hipotética, onde quer que se levante [...] deve, pois, resolver-se sempre no sentido da relevância, à luz deste conceito” ⁽⁹¹⁾.

Para Pereira Coelho, a teoria da diferença impõe que seja considerada a causa virtual na fixação do montante indemnizatório, como se pode observar das passagens em cima citadas, retiradas da sua obra. Dessas ponderações, retira o autor, que, quando exista uma causa virtual que provocaria o mesmo dano que aquele causado pelo agente, a “[...] obrigação de indemnizar não visa, não pode visar aí um fim de compensação do dano, pois não há aí um dano como diferença do património; não é uma ideia de

ser reparado pelo agente, por este ter provocado o dano antes da causa virtual o ter podido fazer (questão mais complicada seria o caso da causa virtual ser também um facto imputável a um terceiro, gerador de responsabilidade civil do mesmo, caso viesse a ser concretizado). Parece-me por isso que a finalidade principal da não relevância da causa virtual está em sancionar o agente, e não em reparar os danos sofridos pelo lesado.

⁸⁷ Pereira Coelho, *idem*, p. 200.

⁸⁸ Pereira Coelho, *idem*, p. 200.

⁸⁹ Pereira Coelho, *idem*, p. 201.

⁹⁰ Como se referiu, parece ser contrário a este entendimento Menezes Cordeiro.

⁹¹ Pereira Coelho, *idem*, p. 206.

compensação, mas uma ideia de *sanção* que explica um tal resultado” (⁹²). Reconhece portanto, que se trata de um desvio à teoria da diferença e de uma manifestação da função punitiva da responsabilidade civil. Segundo Paula Meira Lourenço, “[...] **a obrigação de indemnizar subiste** em virtude do grau de culpa do lesante, **apesar da existência de uma causa virtual, o que implica admitir que a responsabilidade civil prossegue uma finalidade punitiva**” (⁹³). A justificação da irrelevância da causa virtual encontra-se, para Paula Meira Lourenço, assente na culpa do lesante. Ou seja, o mesmo seria dizer que a causa virtual não afasta o dever de indemnizar, não pelo facto da atuação do agente ter provocado danos, mas sim porque esta é censurável.

Das considerações que são feitas pela doutrina acerca das duas situações expostas, conclui-se que se reconhece hoje, uma função punitiva da responsabilidade civil. No entanto, aqueles autores que admitem a existência de uma função punitiva da mesma, reconhecem-na apenas como uma função acessória da reparadora (⁹⁴). Considerando a exposição que se fez sobre a doutrina dos referidos autores, relativa a duas situações em que entendem manifestar-se a função punitiva da responsabilidade civil, é possível apurar as razões pelas quais os mesmos classificam a função punitiva como sendo meramente acessória.

A função reparadora, como se disse, e mais uma vez se repete, estabelece como único critério para a fixação do montante indemnizatório o valor do dano sofrido pelo lesado. A partir do momento em que se estabelece também como critério para a fixação do *quantum* indemnizatório um outro que não o do valor do dano, a responsabilidade civil deixa de ter como única função a reparação do dano (⁹⁵). Se esse novo critério introduzido no cálculo é o grau de culpa do agente ou a censurabilidade da sua atuação, então a responsabilidade civil passa a ter também uma função punitiva, visto o montante indemnizatório passar então a ser calculado em relação a essa mesma censurabilidade (⁹⁶). A vítima deixa nessa situação de ser o centro da atenção da responsabilidade civil, passando a ser também tida em conta a pessoa do lesante.

⁹² Pereira Coelho, *idem*, p. 218.

⁹³ Paula Meira Lourenço, *idem*, p. 276.

⁹⁴ Com exceção de Paula Meira Lourenço.

⁹⁵ Paula Meira Lourenço, *idem*, p. 269

⁹⁶ Discordo desta forma da posição de Paula Meira Lourenço. Como se referiu, a autora entende que o escopo punitivo da responsabilidade civil está presente sempre que se eleger como critério de apuramento do valor da indemnização outro critério que não o dano. No meu entender, a função punitiva apenas se revela quando esse critério assentar no grau de culpa do lesante ou na censurabilidade da sua atuação. Situações em que se estabelecem outros critérios, como a situação económica do lesado, ou a situação

Segundo os citados autores, a função punitiva é meramente uma função acessória, isto porque se encontra subordinada à função reparadora. Essa subordinação resulta do facto do *quantum indemnizatório* não poder ser superior ao montante do dano sofrido. Ou seja, não podendo a indemnização ser fixada em valor superior ao dano sofrido, a finalidade primária da responsabilidade civil continua a ser a reparação do mesmo. Permitir-se a graduação da indemnização em montantes inferiores não afasta essa finalidade, porque o dano continua a ser ressarcido, apesar de não na sua integridade.

Maiores dúvidas levanta a questão da relevância negativa da causa virtual. Como foi dito, entende-se que a obrigação de indemnizar mantém-se, mesmo que exista uma causa virtual que teria provocado o mesmo dano, por uma questão, não de ressarcimento dos danos, mas de sanção da conduta do agente. A obrigação de indemnização mantém-se, não existindo no entanto um dano que deva ser indemnizado, ou, pelo menos, não existindo um dano cuja reparação deva ser suportada pelo agente, segundo a lógica da reparação. Poderia se ser tentado a concluir que estar-se-á por isso, perante uma situação em que a função punitiva surge com autonomia em relação à função reparadora. Não me parece ser o caso, tão simplesmente porque ainda nestas situações, o valor do montante indemnizatório não pode ser superior ao dano sofrido pelo lesado. Por essa razão, a função punitiva não deixa de estar subordinada à função reparadora.

Esta função punitiva reconhecida por estes autores encontra-se, por essa razão, longe dos *punitive damages*, que se observou existirem nos países de tradição Anglo-Saxónica. Os *punitive damages* constituem uma manifestação da função punitiva da responsabilidade civil, enquanto uma função autónoma da mesma, já não limitada pela função reparadora, podendo ser fixada uma indemnização em valor superior ao dano sofrido pelo lesado.

4. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil enquanto Função Autónoma

Na secção anterior demonstrou-se que a doutrina reconhece hoje a existência de uma função punitiva da responsabilidade civil, estando ultrapassado o dogma da

económica de um inimputável (nos casos em que se admite a indemnização por inimputável porque este é abastado patrimonialmente), serão também desvios à função meramente reparadora da responsabilidade civil, mas não serão manifestações da função punitiva da mesma.

responsabilidade civil meramente reparadora. No entanto, chegou-se também à conclusão de que a função punitiva é concebida por muitos autores como sendo uma mera função acessória, subordinada à função reparadora. O propósito desta secção do trabalho será o de determinar se é correto esse entendimento, ou se, por outro lado, é possível já reconhecer hoje uma função punitiva autónoma, da responsabilidade civil.

Como o afirma Henrique Sousa Antunes, “[s]e o prejuízo que lhe advém [ao réu] da decisão apresenta estreita conexão com o dever de prestar ou com a obrigação de indemnizar, sem deles se distinguir, verifica-se um efeito punitivo secundário”. Por outro lado haverá um efeito punitivo primário quando “[...] a lei estatui que, com o intuito de *satisfazer* a retribuição devida ao lesado, o juiz condene o agente em quantia diversa da compensação” ⁽⁹⁷⁾. A função punitiva existirá enquanto função autónoma, não subordinada pela reparadora, quando se verifica a segunda situação descrita pela autor.

Especial atenção merece o que tem sido escrito, a este propósito, sobre a indemnização de danos não patrimoniais.

Sobre o assunto escreveu Menezes Leitão. O autor identifica na indemnizabilidade dos danos não patrimoniais a função punitiva da responsabilidade civil. Escreveu o autor que “[a] lei refere-nos que a indemnização pelos danos não patrimoniais é fixada equitativamente, tomando em consideração não apenas os danos causados, mas também o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso [...]. Daqui resulta que a indemnização por danos não patrimoniais não reveste natureza exclusivamente ressarcitória, mas também cariz punitivo, assumindo-se como uma pena privada, estabelecida no interesse da vítima, por forma a desagrá-la do comportamento do lesante” ⁽⁹⁸⁾. No mesmo sentido, Menezes Cordeiro entende que “[n]ão pode, de qualquer forma, negar-se que a cominação de uma obrigação de indemnizar danos morais representa sempre um sofrimento para o obrigado; nessa medida, a indemnização por danos morais reveste uma certa injunção punitiva [...]”. Mas afirma ainda o mesmo autor que “[...] a sua natureza primeira não é a de pena, mas a de verdadeira indemnização;”, entendendo o autor que não faz sentido que um particular beneficie de uma pena aplicada outrem e que a indemnização por danos morais é ditada pela extensão do dano, só intervindo acessoriamente a culpa ou a

⁹⁷ Henrique Sousa Antunes, *idem*, p. 610.

⁹⁸ Menezes Leitão, *idem*, p. 331.

perigosidade do agente, na ponderação do *quantum* indemnizatório, “[...] como deveria suceder se de pena se tratasse” (⁹⁹). Assim a posição do autor em relação à função punitiva na indemnização por danos morais é próxima daquela que se expôs em relação ao artigo 494.º, ou seja, a responsabilidade civil continua aqui limitada pelo dano. A única diferença é que o dano agora em cause não é suscetível de avaliação pecuniária.

O problema da indemnizabilidade dos danos morais é diferente do que foi observado em relação ao artigo 494.º, desde logo porque neste último ainda estávamos no campo dos danos patrimoniais. Os danos morais são danos irreparáveis (¹⁰⁰), não suscetíveis de cálculo em dinheiro. Por essa mesma razão, um dos argumentos apontados por aqueles que não admitiam a indemnização por danos morais, era a de que estas não podiam ser reparados, não tendo o dano de cálculo cabimento em relação aos mesmos, porque a situação patrimonial do lesado mantinha-se a mesma. Entendeu-se no entanto, que em causa não estaria a reparação dos danos, mas a sua compensação, com a finalidade de satisfazer o lesado (¹⁰¹), por um lado e de punir o lesante, pelo outro. Compensar o lesante, porque procurava-se conceder-lhe algum conforto, de modo a atenuar o seu sofrimento, o que não ocorreria se a responsabilidade civil tivesse uma função meramente reparadora. Punir o lesante, porque este vê surgir na sua esfera a obrigação de compensar danos que não teria de compensar segundo a teoria da diferença. Essa punição impõe-se ao lesante pela gravidade do bem moral afetado e pelo grau de culpa da sua atuação.

Não só constitui esta possibilidade de compensação uma exceção à função meramente reparadora da responsabilidade civil, como também se manifesta uma função punitiva não limitada pela mesma, pois como se disse, não se trata aqui de reparar danos. A responsabilidade civil não está, quanto aos danos morais, limitada a um valor pecuniário facilmente determinável através dos danos, pois, como se disse, estes não são suscetíveis de avaliação pecuniária. Poderá então dizer-se que estamos perante uma manifestação da função punitiva enquanto autónoma da função reparadora? Como afirma Inocêncio Galvão Teles, com a compensação dos danos morais dá-se um “[...]”

⁹⁹ António Menezes Cordeiro, *idem*, p. 419.

¹⁰⁰ Antunes Varela, *idem*, pp. 602.

¹⁰¹ Paula Meira Lourenço, *idem*, p. 284.

enriquecimento da vítima, que recebe certo quantitativo não destinado a substituir um valor económico perdido ou frustrado” (¹⁰²).

Não me parece. Não obstante estarmos perante um dano que não pode ser avaliado pecuniariamente, não deixa de existir um dano. A finalidade da compensação não reside apenas na vontade de punir o agente, nem é essa a sua finalidade principal. A finalidade principal, essa sim, será a de compensar o lesado pelo dano sofrido. O critério principal para o seu cálculo é a gravidade do dano moral e não o grau de culpa do agente. Aliás, admitir o contrário seria inverter o raciocínio, exposto anteriormente, que Greenleaf teceu em relação aos *punitive damages*. Segundo esse raciocínio, os *punitive damages* eram apenas uma forma que os tribunais norte americanos tinham descoberto para poder indemnizar os danos morais. Entender-se que na compensação por danos morais se revela uma finalidade punitiva autónoma, seria admitir que ao abrigo dos mesmos estar-se-ia a ir além do dano verdadeiramente sofrido, já não tendo em conta o dano sofrido, mas apenas, a censurabilidade da atuação do agente, o que não me parece correto.

Sou portanto, de concluir, no mesmo sentido que Paula Meira Lourenço. Em causa, na indemnização de danos não patrimoniais, está a compensação de danos cujo valor pecuniário é dificilmente determinável, ou mesmo impossível, “[...] mas ainda existe um **dano compensável**, pois quando alguém está a sofrer, com dores de cabeça, suporta um dano, ainda que imaterial”. Assim, ainda que se encontre na indemnização dos danos não patrimoniais uma manifestação da função punitiva da responsabilidade civil, esta, mais uma vez, não poderá deixar de ser tida como acessória. Não se pretende ir além do dano, simplesmente está-se perante um dano cujo valor não tem uma expressão pecuniária direta.

5. Da questão do Lucro Ilícito em especial

Pela relevância que assume em particular, para o tema do trabalho, a questão da indemnização calculada com base no lucro ilícito obtido pelo lesante com a sua conduta, será apreciada em separado, em sede própria. Tentar-se à neste momento, averiguar se a inclusão do lucro obtido pelo agente no *quantum* indemnizatório,

¹⁰² Inocêncio Galvão Teles, *idem*, p. 379.

constitui uma manifestação da função punitiva da responsabilidade civil e se, em caso afirmativo, constitui um caso em que esta se revela independente da função reparadora.

Diga-se desde logo, que esta questão requer que se dê resposta a uma outra, prévia a esta. Não é pacífico para toda a doutrina que a indemnização pelo lucro obtido pelo agente deva ser feita através do instituto da responsabilidade civil. Opinião nesse sentido, é a expressa por Menezes Leitão ⁽¹⁰³⁾. Segundo o autor, o problema resolve-se pela gestão de negócios imprópria, aplicando-se por analogia, o regime estabelecido no artigo 472.º do C.C. Mas essa solução preconizada pelo autor, exige que haja um ato de aprovação do dono do negócio. Outros autores entendem que solução encontra-se no instituto do enriquecimento sem causa. É o caso de Pereira Coelho ⁽¹⁰⁴⁾. O autor defende que a exigência de que tenha havido um empobrecimento do lesado, ou que a indemnização esteja limitada a esse mesmo empobrecimento não é compatível com “[...] a função do enriquecimento sem causa como nós a definimos [...]” ⁽¹⁰⁵⁾.

Critica a primeira posição Paula Meira Lourenço, uma vez que esta compele o lesado “[...] a adoptar, em simultâneo, quatro tipos de atitudes: a) ratificar um negócio (que consubstancia a violação do seu direito); b) reembolsar o lesante das despesas; c) indemnizar o lesante; d) renunciar ao instituto da responsabilidade civil” ⁽¹⁰⁶⁾. Critica a segunda Henrique Sousa Antunes ⁽¹⁰⁷⁾. Entendem ambos os autores, que a indemnização do lucro ilícito obtido pelo agente deve ser feito através da responsabilidade civil.

Reconhecendo que a questão do lucro ilícito deve ser resolvida por aplicação do instituto da responsabilidade civil, é clara a existência também aqui, de uma exceção à função reparadora. O montante indemnizatório será nestes casos, determinado consoante o lucro obtido pelo agente e não com base no dano sofrido pelo lesado, podendo suceder por vezes que o lucro do agente não tenha implicado um dano do lesado. Mas resta ainda saber se se trata de uma manifestação da função punitiva.

Em sentido afirmativo, Paula Meira Lourenço afirma que “[...] *se para efeitos de quantum indemnizatório são tomados em conta as receitas auferidas pelo agente, isso*

¹⁰³ Menezes Leitão, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no Direito Civil Português*, in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, 1991, pp. 233 a 235.

¹⁰⁴ Pereira Coelho, “*O enriquecimento e o Dano*”, 1999, Almedina, pp. 42 a 49.

¹⁰⁵ Pereira Coelho, *idem*, p. 42.

¹⁰⁶ Paula Meira Lourenço, *idem*, p. 319.

¹⁰⁷ Henrique Sousa Antunes, *idem*, pp. 209 a 214.

equivale a dizer que se atende, não ao dano sofrido pelo lesado, mas ao lucro do lesante em virtude do facto que praticou, elevando-se o montante da indemnização se o lucro foi elevado, ou seja, penalizando o infractor pelo facto de ter obtido receitas”⁽¹⁰⁸⁾, concluindo por isso, que se trata de uma manifestação da função punitiva.

Discorda Henrique Antunes. O autor não identifica nenhuma manifestação punitiva da responsabilidade civil quanto à inclusão do lucro ilícito no *quantum* indemnizatório. Não deixando de entender que a solução para o problema se encontra na responsabilidade civil, o autor entende que essa mesma solução encontra-se pela extensão daquilo que se tem como dano não patrimonial, de forma a incluir o lucro do lesado. Portanto, não reconhece aqui uma função punitiva da responsabilidade civil.

Para Henrique Antunes, “A retribuição do autor pressupõe uma desvantagem que acresça à perda resultante da compensação dos danos. É com esse sentido que, como vimos, o direito anglo-saxónico distingue, no plano da justiça civil, entre *restitutionary damages*, sem qualquer prejuízo para o património do autor tal como aquele se encontrava antes da prática do facto ilícito, e *punitive* ou *exemplary damages*”. Assim do facto que a indemnização pelo lucro obtido pelo agente o deixar exatamente na mesma posição em que se encontrava antes de ter obtido o lucro, retira o autor que a finalidade aqui prosseguida não é punitiva. Afirmar ainda que motivo fundamental da indemnização pelo lucro ilícito não se encontra numa vontade de punir o agente, mas sim de compensar o lesado, pelo sofrimento por ele sofrido e pela ofensa do sentimento de justiça deste⁽¹⁰⁹⁾. Para o autor “[...] é a ofensa do sentimento de justiça que legitima a inclusão da aquisição de vantagens, nos termos assinalados, na categoria dos danos não patrimoniais.”⁽¹¹⁰⁾ e não uma vontade de punir o agente.

Concordam ambos os autores que a solução para o problema encontra-se na responsabilidade civil. Mas, como se referiu, enquanto um vê neste uma manifestação da função punitiva desta, o segundo nega-a nesta situação, entendendo que o que se pretende é a satisfação do lesado e não a punição do lesante que fica na mesma posição em que se encontrava. Concordando com a posição de Paula Meira Lourenço, não parece também que seja aqui que se encontre a manifestação da função punitiva enquanto autónoma da função reparadora a que se tem vindo a aludir.

¹⁰⁸ Paula Meira Lourenço, *op. cit.*, p. 1070.

¹⁰⁹ Henrique Sousa Antunes, *idem*, p. 302.

¹¹⁰ Henrique Sousa Antunes, *idem*, p. 309.

6. Conclusão

Do exposto nesta segunda parte do trabalho, retiram-se importantes conclusões. Em primeiro lugar, que se encontra hoje ultrapassado, no entendimento da doutrina, o dogma da finalidade meramente reparadora da responsabilidade civil. Não obstante, e em segundo lugar, apesar de se reconhecer a função punitiva como uma finalidade da responsabilidade civil, não se chega no entanto ao ponto de afirmar que esta assume o lugar de finalidade principal da responsabilidade civil, mas tão só uma posição meramente acessória em relação à função reparadora. Em terceiro e último lugar, em relação à questão do lucro ilícito, constata-se que existe uma certa controvérsia sobre o tópico entre a doutrina, cujos traços gerais se teve oportunidade de expor. Adiante a questão será retomada, aproveitando para se tomar uma posição sobre a mesma.

Convém ainda fazer referência aqueles autores que entendem que apesar de ser necessária a existência de uma dimensão punitiva o âmbito do direito civil, esta não passe necessariamente pelo reconhecimento de uma função autónoma punitiva da responsabilidade civil. A este propósito escreve Antónimo Pinto Monteiro que “[s]endo este um mecanismo destinado à *reparação* de danos [a indemnização], cuja determinante é pois, o *ressarcimento* do lesado, a pena privada surgiria, em contraste, como medida cuja *ratio* é a imposição ao lesante de uma quantia *superior* ao prejuízo por si causado, em que as finalidades *preventiva* e de *repressão* ocupam o lugar central e decisivo” afirmando ainda o autor que “[...] a simples reparação do dano causado não constitui, porém, frequentemente, uma resposta eficaz, de ordem preventiva, justamente por não ser esta a sua determinante.” Conclui dizendo que “[...] a indemnização - limitada que está pelo valor do dano causado - não constitui, de *per se*, medida idónea a dar plena guarida à finalidade preventivo-sancionatória, razão por que a pena privada emergiria, a seu lado, em certos domínios e perante comportamentos especialmente graves, como a única resposta *eficaz* e verdadeiramente *responsabilizante*”⁽¹¹¹⁾.

Assim para o autor, a pena civil iria além dos danos sofridos pelo lesado, funcionando já com um intuito punitivo, reservado para aqueles casos especialmente graves, mas que

¹¹¹ Antónimo Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, p. 659 a 663, nota 1536.

no entanto não são alvo de punição penal. Esta solução passaria assim, por um repensar os limites e dimensões das penas civis, admitindo que estas pudessem surgir ao lado da responsabilidade civil, indo para além desta.

IV. PARTE - A INDEMNIZAÇÃO POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS DE AUTOR

1. Introdução

Feita uma análise em geral da dimensão punitiva da responsabilidade civil, no que consiste e no seu espaço no nosso ordenamento jurídico, na secção que se segue deste trabalho será levada a cabo uma análise do regime estabelecido no CDADC quanto à indemnização por violação de direitos de autor e direitos conexos. Desde logo duas questões serão abordadas quanto a este regime, em primeiro lugar, a de saber se estamos perante um regime especial da responsabilidade civil, ou se por outro lado trata-se de um outro instituto não confundível com esta, e em segundo lugar, tratando-se de um regime especial de responsabilidade civil, se este regime constitui uma consagração da dimensão punitiva da responsabilidade civil, enquanto função autónoma desta, e não meramente uma função subordinada à função reparadora.

Especial relevância terá a este propósito o que atrás foi dito em relação à indemnização pelo lucro ilicitamente obtido pelo lesante. A situação que se encontra no CDADC é de facto bastante próxima desse fenómeno.

2. O artigo 211.º e a diretiva n.º 2004/48/CE

O regime da indemnização por violação de direitos de autor e direitos conexos encontra-se hoje no artigo 211.º do CDADC. Como tantas vezes é o caso, a redação atual do preceito difere da sua redação original. No entanto, como nem sempre é o caso, a alteração da letra do preceito para a letra que consta atualmente do mesmo resultou da transposição de uma diretiva, a diretiva n.º 2004/48/CE, do conselho e do parlamento europeu, de 29 de abril.

A parte do preceito que se mostra de maior interesse para o estudo presente é aquela que consta do seu n.º 2. Segundo o mesmo “*Na determinação do montante da indemnização por perdas e danos, patrimoniais e não patrimoniais, o tribunal deve atender ao lucro obtido pelo infractor, aos lucros cessantes e danos emergentes sofridos pela parte lesada e aos encargos por esta suportados com a protecção do direito de autor ou dos direitos conexos, bem como com a investigação e cessação da conduta lesiva do seu direito*”. Este preceito estabelece como critério para o cálculo da indemnização devida pelo infrator o lucro obtido pelo mesmo, em resultado da sua atuação ilícita. Por outras palavras, a lei manda nesta situação incluir o lucro ilícito do lesante no montante indemnizatório.

3. A indemnização por violação de direitos de autor e direitos conexos: regime especial da responsabilidade civil, ou manifestação de um outro instituto?

Antes de se poder desenvolver mais o tema, é preciso previamente determinar se estamos de facto perante uma manifestação da responsabilidade civil, ou se por outro lado, estamos perante um qualquer outro instituto de direito. Já a propósito da questão do lucro ilícito se abordou uma discussão em tudo similar a esta, valendo aqui tudo o que foi dito a esse propósito.

Como foi dito, certos autores entendem que estamos perante uma situação de enriquecimento sem causa (como é o caso de Pereira Coelho). Outros entendem que estaremos perante uma situação de gestão de negócios imprópria (como é o caso de Menezes Leitão).

Ponderando esta questão, Maria da Graça Trigo começa por colocá-la nestes termos “[...] estaremos nós perante um instituto unitário que pertence ao âmbito da responsabilidade civil, ou, diversamente, teremos aqui um instituto atípico no qual se reúnem soluções retiradas da obrigação de indemnizar, do enriquecimento sem causa e da gestão de negócios?”⁽¹¹²⁾. A autora introduz assim uma possível quarta solução. Segundo a mesma, a solução consagrada no artigo 211.º constituiria um regime atípico com elementos do instituto do enriquecimento sem causa e da gestão de negócios.

¹¹² Maria da Graça Trigo, “*Responsabilidade Civil por Violação de direito Intelectual*”, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Julho-Dezembro 2011, p. 171.

Acaba no entanto por concluir que estaremos de facto perante uma situação de responsabilidade civil, concordando com a posição de Henrique Antunes, já exposta em cima.⁽¹¹³⁾

Nos mesmos termos e fazendo uso dos mesmos argumentos anteriormente expostos a propósito da questão da indemnização calculada com base no lucro ilícito, pronuncio-me agora sobre esta questão, no sentido de concordar com a posição assumida Paula Meira Lourenço, Henrique Sousa Antunes e Maria da Graça Trigo. Estaremos portanto, perante uma manifestação do regime da responsabilidade civil.

4. O artigo 211.º e a dimensão punitiva da responsabilidade civil

Considerando apenas o número 2 do artigo 211.º do CDADC, as conclusões a que chegaria não poderiam deixar de ser as mesma que anteriormente expressei a propósito da inclusão do lucro ilícito no montante indemnizatório. Aproveitando esta oportunidade para tomar uma posição sobre a mesma questão, parece-me que existe aqui uma manifestação da função punitiva da responsabilidade civil, ainda que não autónoma, tão só porque se atende a um critério que não o dano sofrido, critério esse assente na censurabilidade da conduta do agente e na necessidade de suprir qualquer vantagem obtida por este, sob pena de incentivar essas condutas caso não se inclua esse montante na indemnização. Concordo portanto com Paula Meira Lourenço.

Mas chegar-se-ia então à mesma conclusão, de que não existe aqui uma manifestação da função punitiva da responsabilidade civil enquanto função autónoma. Essa conclusão seria verdade, caso não existisse o n.º 6 do artigo 211.º. Nas palavras de Maria Graça Trigo sobre este mesmo preceito, “Não surpreenderá que - diante da letra deste preceito - se pretenda ver aqui a consagração com carácter pioneiro de *punitive damages* no direito nacional” ⁽¹¹⁴⁾.

O artigo 211.º prevê nos seus n.º 2 a 5 vários critérios para a fixação de montante indemnizatório. No entanto, apenas dois são realmente diferentes, enquanto que os

¹¹³ Maria da Graça Trigo, *idem*, p. 171.

¹¹⁴ Maria da Graça Trigo, *idem*, p. 166.

outros acabam por não se distinguir ou por ser absorvidos pelo critério estabelecido pelo n.º 2 (¹¹⁵).

A questão prende-se com os critérios fixados pelos n.ºs 2 e 5 do artigo 211.º. Já sabendo o que estabelece o n.º 2, o n.º 5 estabelece que nos casos em que não seja possível fixar o montante indemnizatório de acordo com o critério do n.º 2 o *quantum* indemnizatório será fixado judicialmente com recurso à equidade, tendo por base, no mínimo, as remunerações que teriam sido auferidas caso o infrator tivesse solicitado autorização para utilizar os direitos em questão e os encargos suportados com a proteção do direito de autor ou direitos conexos, bem como com a investigação e cessação da conduta lesiva do direito.

O n.º 6 vem estabelecer uma possibilidade de se cumulem os critérios do n.º 2 e do n.º 5 na fixação do montante indemnizatório, no caso de práticas reiteradas ou especialmente gravosas por parte do lesante.

Apesar de compreender que se possa retirar do n.º 6 uma consagração dos *punitive damages*, Maria da Graça Trigo rapidamente nega que esse seja o caso. Na opinião da autora “[...] aquilo que poderia ser «uma cumulação de indemnizações» com o intuito de sancionar o infractor, resume-se ao núcleo essencial previsto no artigo 13.º n.º da Diretiva [...]. Quanto muito, a conduta de violação reiterada ou especialmente gravosa pode ter relevo para a determinação equitativa do montante de indemnização por danos não patrimoniais. Por outras palavras, na fixação da indemnização segundo um critério de equidade, estas circunstâncias podem ser ponderadas. Mas estamos ainda e sempre ao abrigo do regime geral da reparação dos danos não patrimoniais consoante está pensada no Código Civil (cfr. art. 496º, nº 3, e parte final do art. 494)»” (¹¹⁶).

No mesmo sentido parece pronunciar-se Adelaide Menezes Leitão. Apesar de nunca o dizer expressamente, a autora critica a redação dos n.ºs 5 e 6, afirmando que estes são o resultado de uma deficiente transposição da Diretiva. (¹¹⁷)

Sou no entanto de discordar da posição das referidas autoras. Não me parece ser impossível cumular os critérios dos n.ºs 5 e 6 e daí resultar uma indemnização com uma finalidade punitiva.

¹¹⁵ Maria da Graça Trigo, *idem*, p. 167 e Adelaide Menezes Leitão, *Responsabilidade Civil por Violação do Direito de Autor*, p. 211

¹¹⁶ Maria da Graça Trigo, *idem*, p. 167.

¹¹⁷ Adelaide Menezes Leitão, *Ibidem*, p. 213.

Em primeiro lugar as autoras parecem basear a sua oposição à cumulação no facto de os critérios serem estabelecidos na lei como sendo alternativos, ou seja, num argumento literal. Não me parece que isso impeça a cumulação dos dois critérios, tanto que é lei que estabelece também na sua letra essa cumulação. Apesar de ser possível calcular-se o montante indemnizatório segundo o critério do n.º 2, não é por isso que seja impossível calcular-se o montante indemnizatório segundo o n.º 5 (aliás a própria Diretiva evidencia isto ao estabelecer os critérios como alternativos e não como subsidiários).

Em segundo lugar, concordo que a conduta de violação reiterada ou especialmente gravosa pode ser ponderada. Mas isso já resulta do n.º 2 e do n.º 5 em separado. Ou seja, na fixação de indemnizações com base em qualquer um dos dois preceitos já terá em conta a gravidade e a reiteração da prática ofensiva dos direitos de autor e direitos conexos. Seguir então o entendimento defendido pelas autoras seria entender que o n.º 6 não tem qualquer alcance prático.

Parece-me por isso, que nos casos de aplicação do n.º 6 o tribunal será chamado a calcular o montante indemnizatório com base nos critérios do n.º 2 e do n.º 5, o que implicará que o lesante terá de pagar uma indemnização correspondente ao lucro ilicitamente por ele obtido acrescido ainda (no mínimo) das remunerações que teriam sido auferidas caso o lesante tivesse pedido autorização para utilizar os direitos em questão.

Assim, a finalidade ressarcitória da responsabilidade civil é conseguida, mas pela cumulação dos critérios dos n.ºs 2 e 5, vai-se mais longe. Da aplicação de apenas um dos dois n.ºs resultaria a satisfação do lesado. Depois de indemnizados todos os danos sofridos pelo lesados e restituído o lucro ilícito para satisfação do sentido de justiça deste, qualquer quantia que ainda seja devida a título de indemnização já não terá como finalidade o ressarcimento de danos. Mais ainda, colocará o lesante numa posição pior do que aquela em que este se encontrava antes da violação dos direitos do lesado.

Por estas razões, discordo da posição das referidas autoras, e parece-me a meu ver ser de entender que existe aqui uma consagração da função punitiva, enquanto função autónoma da responsabilidade civil.

V. PARTE - CONCLUSÃO

Vimos no princípio deste trabalho, que a função punitiva, ao contrário do que se podia esperar, não começou por ser uma função estranha à responsabilidade civil. Esta surgiu intimamente ligadas à função reparadora.

Só num estágio mais avançado do instituto da responsabilidade civil, e do Direito em geral, é que estas duas dimensões se vieram a separar em duas responsabilidades autónomas, a civil e a penal. Se isto é verdade quanto ao nosso Direito e à sua evolução, também foi referido que não foi assim em todos os ordenamentos jurídicos. Como se teve a oportunidade de mencionar, os modelos anglo-saxónicos viram a dimensão punitiva da responsabilidade civil renascer, tomando novas dimensões, verdadeiramente autónomas em relação à função ressarcitória.

Não obstante entre nós esse fenómeno não ter ocorrido, hoje a doutrina entende na sua maioria que está ultrapassado o dogma da função meramente reparadora da responsabilidade civil. Mas também como se pode ver, não deixam de entender que essa função reparadora continua a ser a função dominante da responsabilidade civil. Dado o nosso ordenamento atual é compreensível que assim se entenda. Única exceção, e não é de todo incontroversa, será o regime do artigo 211.º do CDADC, que, quer tenha sido por destreza ou por descuido do legislador, parece estabelecer uma verdadeira exceção à função reparadora, consagrando uma dimensão punitiva autónoma à responsabilidade civil.

A função punitiva da responsabilidade civil não deve ser temida. Muitas são as vantagens da mesma, que por uma questão de limitação deste trabalho não foram aqui expostas. No entanto é uma realidade que tem de ser equacionada com cuidado e clareza.

BIBLIOGRAFIA

Adelaide Menezes Leitão, *Responsabilidade Civil por Violação do Direito de Autor*, disponível em

http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/6408/jurismat5_201-214.pdf?sequence=1

André Gustavo Corrêa de Andrade, *Indenização Punitiva*, disponível em http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a

António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina.

Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª edição, Almedina.

Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 9ª edição, 2001, Almedina.

Athony J. Sebok, *What Did Punitive Damages Do? Why misunderstanding the History of Punitive Damages Matters today*, in «Chicago-Kent Law Review», vol. 78 (2003).

Brandão Proença, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de imputação do Dano Extracontratual*, 1997, Almedina.

David G. Owen, “Punitive damages in products liability litigation”, in, Michigan Law Review, Vol. 74, 1976.

Elena Baldoni, *Punitive Damages: a comparative analysis*, 2012, disponível em http://ecum.unicam.it/612/1/Tesi_dottorato_Baldoni.pdf

Fred W. Morgan Karl Boedecker, *Punitive Damages after BMW v. Gore (1996)*, in, *Journal of Public Policy & Marketing*, 16 (Spring).

Henrique Sousa Antunes, *Da inclusão do Lucro ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Responsabilidade Civil Extracontratual: a sua legitimação pelo Dano*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011.

Hodgin, R. W. and Veitch, E., *Punitive Damages - Reassessed Internactional and Comparative Law Quarterly*, Vol. 21, Issue 1 (1972).

Inocência Galvão Teles, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, 1997, Coimbra.

Jason Taliadoros, *The Roots of Punitive Damages at Common Law: A Longer History*, 64 *Clev. St. L. Rev.* 251 (2016).

Maria da Graça Trigo, “*Responsabilidade Civil por Violação de direito Intelectual*”, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Julho-Dezembro 2011.

Melvin M. Belli, Sr., *Punitive Damages: Their History, Their Use and Their Worth in Present-Day Society*, in, «MKC LAW REVIEW»

Menezes Cordeiro, *Tratado do Direito Civil Português*, I Tomo I, 1ª edição, Almedina

Menezes Cordeiro, *Tratado do Direito Civil Português*, I Tomo VIII, 1ª edição, Almedina.

Menezes Leitão, *Direito das Obrigações, vol. I, Introdução. Da Constituição das Obrigações*, 14ª edição, 2017, Almedina.

Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português – Fontes de Direito*, 5ª edição, 2011, Fundação Calouste Gulbenkian.

Patrícia Guimarães, *Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil*, in, *Direito e Justiça*, Vol.15, Tomo I, 2001, Lisboa.

Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, 2006.

Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual da Responsabilidade Civil*, 1998, Almedina.